

tum Portuensem. Ubi fuit confirmata, & fundata in deliberationibus sequentibus.

Per ea, quæ ex inquisitione Actoris, & certitudinis Catalogi terrarum majoratus apparent, constat, quod dictus Actor, sive Dominus, & vere successor dicti majoratus per Gilium Laurentium de Miranda instituti, & ejus possessor: & quod inter alia bona ipsi majoratui pertinentia est contentionis prædium do Carvalhal, ex quo ordinaria pensione majoratus successori solvit, & quod etiam ipsi majoratui pertinet campus, vulgo do Porto, & da Fruta, alii prædii vulgo do Carregal cum pensione in libello deducta, & quod Rea sit in possessione utriusque fundi, seu prædii, & quod per denegationem pensionis unius ex dictis prædiis Rea violentiam committat, & sit in restitutione pensionis, ex cap. reintegranda 3. q. 1.

8 Attamen cum ex certitudine terrarum Catalogi ostendatur, quod terræ dicti majoratus possint in emphyteusim concedi, & sint solitæ emphyteuticari, in quibus terminis limitatur majoratum natura, & qualitas ex doctrina Valasc. conf. 95. numer. 2. Gam. decis. 342. num. fin. ex quo evincitur justa Reæ possessio, bene in hoc casu videtur per Judicem judicatum fuisse.

9 Quod quidem corroboratur, cum constet, quod dictus fundus do Carvalhal Guiomari Vieira fuisset renovatus anno 1599. & fuit & in emphyteusim concessus Gundisaldo Dias Leite, & constat de concessione institutoris ejusdem majoratus fol. 100. & sic succedit dispositio nostræ Ord. in 4. tit. 62. §. 46. & doctrina Reynos. obs. 70. num. 26. & 49. cum DD. supra.

10 Hæc super prædio do Carvalhal, & quod attinet ad fundum do Carregal attenta Actoris probatione, & nihil in contrarium Rea adducat, bene, & per Judicem videtur judicatum, & sic illum confirmarem, & sic & gravamini in proœsli deferri videtur. Portu 21. Augusti 1670. Guevara.

11 Legitimè se defendit Rea per instrumenta emphyteutica à fol. 20 ad hoc ut reivendicationem elidat, nam cum per illa ostendatur prædium do Carvalhal solitum esse emphyteuticari ab antiquo, ut ex certitudine fol. 98. patescit; & ipsa Rea eodem titulo prædium habeat prætextu injunctæ alienationis, & infraudem majoratus factæ, à possessore vindicari nequit, Reynos. obs. 70. num. 39. & 48. Valasc. conf. 95. numer. 9. Gam. decis. 342. in fin. Pinheir. de emphyt. dict. p. 2. sect. 3. num. 34. Et quamvis Actor vellet prædicta instrumenta infringere ratione simulationis, & fraudis, id tam legaliter non probavit, sicut

solutionem maioris pensionis, quam in terminis contentæ non ostendit novus, justeque Praeses in decreto fol. 82. impedimenta quoad hanc partem probata pronunciavit, propter quod gravamini fol. 109. cum provisione delatum est, & Ream à restitutione emphyteusis absolverem. Quoad actionem ipsolii ex Actoris parte inveniuntur probata requisita interdicti unde vi, in totum sententiam Præsidis confirmarem. Portu 21. Augusti 1670. Doctor Meirelles.

A qua sententia fuit gravamen interpositum ad Supplicationis Senatum. Ubi fuit confirmata, & fundata in deliberatione sequenti.

Quamvis certum sit non posse majoratus bona in emphyteusim concedi, Molin. de primog. lib. 1. cap. 21. numer. 33. Pinel. in L. I. Cod. de bon. mater. 3. p. numer. 65. Gam. dec. 16. numer. 3. & decis. 192. Cald. de nominat. q. 16. ex numer. 2. Pereir. de Castr. decis. 26 per tot. Carvalb. in cap. Raynaldus de testam. p. 2. n. 311.

Attamen bonorum majoratus in emphyteusim concessio valet, si ea bona sint solita emphyteuticari, Gam. decis. 342. numer. 4. Valasc. conf. 95. numer. 2. Pinheir. de censib. 2. p. disput. 2. sect. 3. n. 34. Reynos. obs. 70. n. 39. Phæb. 1. p. decis. 6. n. 9.

Unde cum prædium do Carvalhal, licet sit maioratui obnoxium, solitum sit emphyteuticari, ut apparet fol. 29. indubium est præfati prædii in emphyteusim concessionē valere.

Præsertim, quando datur expressa licentia instituentis, ut bona majoratus possint emphyteuticari, ut in nostro casu evidenter constat ex constitutione majoratus fol. 100. Ord. lib. 1. tit. 62. § 45. & 46. & lib. 4. tit. 31. Carvalb. in cap. Raynald. de testam. p. 2. numer. 312. Reynos. obs. 70. numer. 26. & 49. Pinheir. de censib. 2. p. disp. 2. sect. 3. numer. 32. & 33.

Allegatio læsionis circa pensionem centus convincitur per scripturas emphyteusis fol. 30. & semper pension fuit imposita i. renovationibus in forma consuetudinis servata, Gam. decis. 22. numer. 1. & 8 Val conf. 88. & conf. 28. in princip. Pinheir. de censib. 2. p. disput. 7 n. 66.

Et nunquam poterat dolus, & fraus considerari in renovationibus, cum dominus directus teneatur finitis vitiis renovationem facere, non solum de æquitate, sed de rigore stylis, Phæb. 2 p. decis. 161. n. 36. Pereir. de Castr. decis. 31. n. 4.

Deinde per testes fol. 51. evidenter colligitur maiorem pensionem ab Actore allegata

tam non esse censum, sed redditum, qui emphyteutæ solvebatur, ut ipsemet Actor multoties in his actis fatetur.

⁵²⁰ Et dispositio Ord.lib.4 tit.41 non militat in nostro casu, cum Actor in probatione defecisset, & argumentis, & rationibus in contrarium adductis per Actorem eleganter, & eruditè satisfacit Patronus R.

⁵²¹ Igitur his omnibus perpensis judicatum in Senatu inferiori libenter amplector. Ulyssis pone 23. Aprilis 1671. Quifel.

Convenio Oliveyra.

⁵²² Et si masculus frater intentet reivendicationem contra sororem, & habeat præferentiam in successione in terminis Ord.lib.4 tit. 100. §.1. potest soror opponere, habere cessionem fratris senioris, & non habere actionem dum vivit, & si ita probaverit, obtinebit, non solum quia est valida talis cessio fructuum in vita, ut diximus forens. cap 4 num. 39. & seqq sed quia ita judicatum fuit in causa seq.

⁵²³ No feito de Pedro Gomes com Anna Rodrigues, Escrivaõ Manoel de Goes, se deu a sentença seguinte.

Vistos estes autos, libello dos AA. Pedro Gomes, e sua mulher Isabel Fernandes, de quem pela contestaçao da R. Anna Rodrigues menor de vinte e cinco annos, filha de Francisco Rodrigues do Arcuello, e mais artigos recebidos, papeis, provas dadas, e documentos juntos. Por parte do A se mostra vincular o Padre Simão Pires do Arcuello certos bens com obrigaçao de Capella para sempre, e chamar em primeiro lugar a Francisco Rodrigues do Arcuello, casado com Maria Fernandes, e faltando lhe herdeiros venha ao parente Clerigo mais chegado. Pela parte materna do instituidor mostra se succeder nos ditos bens vinculados o primeiro nomeado Francisco Rodrigues, e fazer nelles patrimonio a seu filho o Padre Francisco Rodrigues para se ordenar, e depois de feito Clerigo fez o dito Padre Francisco Rodrigues nomeaçao, e traspassaçao dos ditos bens em a R. sua irmã. Outrosim se mostra ser a A. Isabel Fernandes filha mais velha de Francisco Rodrigues primeiro nomeado. Por parte da R. se most afazer o Padre Simão Pires vinculo dos bens, e chamar a Francisco Rodrigues, e nao tendo filhos, succedesse o Clerigo parente mais chegado. Pela parte materna do instituidor, cõ poderes de nomear, mostra se succeder no dito vinculo Francisco Rodrigues primeiro nomeado, e ficarem lhe filhos, a saber a A e a R. e o Padre Francisco Rodrigues, a qual succedendo por varao no dito vinculo, lhe fez patrimonio nos ditos bens seu pay Francisco Rodrigues

primeiro nomeado. Mostrase nomear, e ceder o dito Padre Francisco Rodrigues em a R. sua irmã os ditos bens vinculados, e de presente possuidos. O que tudo visto, e o mais dos autos, dispositaõ de Direito, como por parte da R. se mostrefazer o Padre Simão Pires capella leigal, e nomear a Francisco Rodrigues por primeiro administrador della, e que faltando lhe herdeiros, viesse a dita Capella ao Clerigo parente mais chegado pela linha materna do instituidor, e por naõ faltarem herdeiros ao dito Francisco Rodrigues, primeiro administrador, e primeiro nomeado, pois morreo com filhos, e de todos elles ser varao o Padre Francisco Rodrigues, e naõ alterar o instituidor cosa alguma contra as regras de Direito, e visto conformar se com elles, que daõ preferencia nos bens vinculados ao varao,inda que mais novo, e como tal juridicamente succede o dito Padre Francisco Rodrigues na dita Capella, e por nomear, ceder, e traspassar todo o direito que nella tinha a A. á R. sua irmã, e visto ceder lhe o que podia, que he taõ sómente o usufruto della, pois na propriedade naõ podia nomear, senaõ no caso que faltasse filhos ao primeiro nomeado Francisco Rodrigues. Julgo ser a R. taõ sómente e usufrutuaria dos bens da dita Capella em vida do dito Padre seu irmaõ sómente nomeante, que por morte de qualquer delles se consolidard com as propriedades, e fique seu direito reservado á A. por ser filha mais velha do primeiro nomeado, para depois da morte do Padre Francisco Rodrigues seu irmaõ E paguem os AA. os autos. Rua em 14 de Novembro de 1671. Antonio d' Aranjo Vasconcellos.

A qua sententia fuit appellatum ad Senatum Portuentem. Ubi fuit confirmata, Judices: Cazado. Ribeyro. Doctor Alvarez Coelho. Et fundata fuit in deliberationibus sequentibus

Iste Clericus frater horum collitigantium capax erat succedendi in hoc vinculo, quia erat filios legitimi possessoris: neque qualitas Clericalis ei impedimento erat, quoniam Clerici sunt capaces ad succedendum in maioribus, si ab institutoribus (quorum voluntas attenditur) non excludantur. Neque Ord. d. lib.2 tit. 18. eos removet, immo §.5. disponit, quod Clerici sine aliqua Principis licentia liberè poslunt bona immobilia emere, quovis titulo acquirere, dummodo morte illa secularibus relinquant.

Neque institutor hujus maioratus hunc Clericum excludit, imo ex capite filii sui patris ad maioratum vocavit, & cum in desetum haeredum hujus primi vocati vocasset Clericum, signum est, quod Clericos dilexit,

& non

Successione, & Erectione Majoratus, Cap. VI.

505

& non exclusit: quapropter cum duplex qualitas in nostro Clerico inveniatur, igitur ille erat legitimus successor.

525 Unde infertur, quod in vita sua bene poterat ad libitum disponere, præcipue renuntiando, transferendo, & cedendo in favorem sororis filie hujus primi vocati; nam licet ista translatio, utpote facta sorori juniori videatur non posse sustineri; attamen sustinetur, utpote facta à non vero successore, faciunt tradita per Cabed. p. 11. decis. 96. n. 7. ratio est, quia in vita quilibet postessor majoratus potest de eo disponere, dummodo non disponat in præjudicium futuri legitimi successoris. Videmus equidem, quod patres non possunt majoratibus renuntiare in præjudicium filij primogeniti, Cabed. 2. p. decis. 30. num. 7. Gam. decis. 59. n. 5. Quapropter cum in ista translatione nullum detur præjudicium AA. dum vivit iste Clericus frater, igitur sustinenda est, confirmato Jucice in hac parte.

526 Sicut etiam in ea parte, qua reservat jus AA. ut post mortem hujus Clerici fratri agere valeant circa successionem hujus majoratus, ita judicarem. Portu 22. Martij 1672. Doctor Coelho.

527 Non dubito, quod Franciscus, qui renuntiationem fecit, haberet jus in hoc majoratu, seu vinculo ab institutore facto, non in secunda vocatione facta Clericorum in defecum filiorum primi vocati, sed ex eo quia filius masculus illius erat, & ut talis, ei debebatur successio in Ord. lib. 4. tit. 1. non quando obstat qualitas Clericatus, cum ab institutore exclusi non reperiantur Clerici, imo sint expresse vocati: nec etiam diffiteor, quod isti possunt commoditatem hujus majoratus in sororem transferre, licet juniori astricti jam bona prohibita alienari possint in vita, immo postessoris non solum in cognatos, sed etiam in extraneos, & etiam in eis fieri executio, ex his, quæ Mieres de maiorat. 3. p. q. 9. à n. 106. Fontanell. de past. tom. 1. clausul. 4. gloss. 9. p. 5. n. 24. Cancer. var. 1. tom. cap. 8. num. 99. & 100. Inspecta tantum renuntiatione facta à dicto Francisco sorori sue juniori fol. 24. in qua transtulit omne jus, dominium, & possessionem in illam cum potestate nominandi dictum vinculum in aliam personam, quam voluisse, & cum in sororem maiorem natu hæc successio post mortem dicti fratri Francisci spectet; non levis quoad me resultat questio, nam cum iste pater renuntiaverit omne jus in Ream, assumens Judicis officium circa hanc successionem introverti videtur modum succedendi, quem institutor dispositus in suo testamento, adhaerens Juri

Civili, & Ord. nostræ, qui dictant, quod filius, aut filia maior deficiente maleculo succedant in maioratu; in quibus terminis non solum potest Actrix tamquam soror maior natu agere de futura successione, ut tenet Pereir. dec. ult. per tot. propter rationes ab ipso consideratas num. 3. sed etiam reivendicare dominium, & possessionem istius majoratus, data tali alienatione, & renuntiatione illius, ex Paul. in leg. qui absenti §. 1. ff. acquirend. poss. Parisio conf. 69. Menoch. conf. 325. num. 70. & seqq. Fusar. de substitutionib. q. 597. & plures alios, quos ipse Pereir. refert. Ex quibus Ream condemnarem, ut dimitteret possessionem Astrictis cum fructibus à lite contestata, aut saltem, ut ipsa declaretur, & majoratum post mortem fratribus renuntiantis ejus filiis, & descenditibus ex vi representationis pertinere, sic revocato permanente Judice. Portu 28. Martii 1672. Ribeiro.

Positus in bivio, quo me vertam nescio, 528
æ qualiter namque urgent doctissimæ assertiones, & doctrina precedentium Dominorum, sed dicam vel coactus.

Supposito sine dubio, quod pater Franciscus Rodrigues fuit administrator hujus majoratus, non pro nunc, quia Pater, & Prebyter, sed quia masculus, & unicus, in domo parentis cum successit ex prærogativa sexus; in ea sum sententia, quod iste successor non perdidit administrationem, & saltem dum vivit, non posse sororem Ream, in cuius favorem dimisit majoratum, inquietare. Fundamentum hujus assertionis est, quia illam cessionem, & dimissionem fecit frater postessor per metum, compulsus legis timore, quia forsitan fuit persuasum, non posse bona stabilia possidere ultra annum, & esse comprehendendum in dispositionis Ord. lib. 2. tit. 18. § 5. ex doctrina Gam. decis. 341. ex quo juste timuit, cum fuerit institutor Clericus, & Clerici sint vocati, licet in subsidium, ut patet fol. 17. ac proinde dimisit majoratum sorori. De metu constat ex verbis scripturarum fol. 24. ibi: *O qual trespasso, e nome aq[ua]o faz em tempo devido, intra annum scilicet, na forma da Ordeuaçao &c.*

Deceptus quidem fuit iste cedens legis clypeo, contra clausulam text. in L. Paul. ff. præf. sfp. ac proinde dum metus dedit causam cessioni, illa non est momenti, & potest cedens ex hoc capite realsumere, rescilio contractu tamquam nullius effectus, remansit enim cum jure administrationis, ut antea, quod potest concedere sorori juniori, ut concessit, & alii cui voluerit, dum vivit, ut probatum remanet late de jure.

Sse

Quo

Quo habito pro vero, non est ullo modo declaranda successio Actrix post mortem fratris possessoris cedentis, quia ad hoc non fuit proposita actio, sine qua nemo in iudicio expetitur, & cum primogenium debeat deferriri proximiori tempore mortis possessoris, ex text. in L. cum ita § in fideicomisso ff. legat. 2. potest Actrix decedere ante adventum conditionis, & sic sententia proferretur super iure de futuro incerto contra clausulam, L. non quemadmodum ff. de judicib. L. dies incertus ff. de condition. & demonstr. Barbos. in L. non potest ff. de judicib. n. 17. Nec proximus successor potest in vita successoris petere, ut declaretur futurus successor, secundum ea quæ optime juris fundamentis adducit Gam. decis. 202. n. 3. & alii, de quibus Gabr. Pereir. dec. 129. n. 1. impossibile namque videtur, quod vivente fratre legitimo administratore, ut supponimus, dicto iure acquirat soror Actrix jus primogeniturae, cum non habeat jus formatum, sed quandam spem incertam, prout in simili considerat idem Senator Pereir. dec. 59. num. 6. Igitur his & aliis in processu bene discussis, cum sapientissimo Domino primo loco disserenti Judicem ego confirmo. Portu 29. Julii 1672. Casado.

531 Ab hac sententia fuit gravamen interpolatum ad Supplicationis Senatum, ubi fuit lata sententia sequens.

Acordaõ os do Dezembargo &c. Naõ saõ aggravados os aggravantes pelos Dezembargadores dos aggravos da Relaçao do Porto, cumprase sua sentença por seus fundamentos, vistos os autos, com declaraçao, que por falecimento do Padre Francisco Rodrigues, que nomeou, e cedeo os bens do morgado em a aggravated sua irmã Anna Rodrigues, entrarão logo na posse delle os aggravantes, estando viva a A. Isabel Fernandes, pelo direito, que lhe pertence, por ser irmã mais velha, e lhe resultar fendo o, da ceifaõ, e trespasso, que o dito Padre seu irmão possuidor do dito morgado fez na aggravated sua irmã mais moça, e por esta maneira declaraõ a reserva deixada na sentença aggravated. E condenaõ aos aggravantes nas custas dos autos. Lisboa 27. de Julho 1673. Leitão. Ribeiro.

Hæc sententia fuit fundata in deliberatione sequenti.

Quamvis existiment plures, factam alienationem à possesso maioratus illico in sequentem dominum transire, ad illumque statim maioratum pertinere, de quo late Pelaes de maioratu p. 3. q. 9. Menoch. conf. 325. n. 70. id tamen nimis judicat rigorosum Pereir. decis. ult. n. 4. & valere alienationem

in vita possessoris, sentiunt Roxas de incompatibilitat. p. 5. cap. 6. num. 9. vers. cui audo, Pbæb. decis. 120. n. 8. Flor. lib. 2. var. cap. 3. n. 16. cum pluribus Larr. decis. 10. n. 8. estque optimus text. in L. peto § prædium ff. de leg. 2. ibi: Tandiu emptor retinere debet, quandiu vendor haberet bonis non venditis post mortem ejus, non habiturus: recte in hac re distinguit Pbæb. decis. 6 n. 8. p. 1. cum Molin. lib. 1. cap. 16 num. 33. ubi plures adduntur à Lima, & Maldonado, sed in praesenti alia est quæstio, de renuntiatione scilicet, ac cessione juris successoris in remotoorem facta, quæ quidem nulla est propter proximoris præjudicium, qui ea non obstante jus suum succedendi servat in una parte illæsum, Giurb. in consuet. Messan. cap. 10. gloss. 9. num. 28. & de feudis p. 1. gloss. 12. num. 3. ubi plures, Olea de cess. tit. 3. quæst. 3. à n. 10. vers. extraneo. An autem illico propter eam cessionem possit talis proximior bona avocare, ad eum cedente mortuo pertinentia, an vero viatæ expectanda naturalis mor? Dubium est, ex quo præsens inspectio dirimenda.

Illi succedere proximiorem insuadetur, 533 cui non minus per conventionem vocatio contingit, quam per mortem, Gloss. in cap. bac parte verbo vocationis de electione in sexto, Gutierrez. pract. lib. 5. Pereir. de jur. Indiar. tom. 2. lib. 1. cap. 8. à n. 46. Valenz. conf. 83. num. 48. & præventione fit locus sequenti successori, text. in L. post consanguineos, & proximum ff. de suis, & leg. bæred. ibi: Proximum accipimus eum, qui tunc, cum repudiatur bæreditas, proximus est. Molin. cap. 1. de primog. cap. 6. n. 44. Giurb. de feudis §. 2. gloss. 10. n. 48. vers. ad hoc, cedens quippe habetur pro mortuo, habetque cessio ultimæ voluntatis effectum, Gloss. verb. succedant in L. 1. §. sed videndus §. de success. edict. Gutierrez. dict. q. 71. num. 3. Giurb. dict. gloss. 10. num. 28. Unde videtur dum posse proximiorem illico bona avocare à cessionario, & successori ejus locum fieri, sicut fieret cedente mortuo.

Mihi tantum verius videtur, & in vita cedentis non posse impræsentiarum, licet proximior sit, maioratum vendicare, non simpliciter possessor renuntiavit, non simpliciter refutavit iure suo extinto, cessit potius, iusque suum transfult in sororem cessionariam, ut exhibetus fol. 24. ibi: Cede, & trespassa, quo dato commodum in vita cedentis ad R. pertinet ex optima distinctione Olea de cession. jur. tom. 3. quæst. 5. n. 47. citantis alios, juvat quod judicatum in simili refert Cabed. 1. p. decis. 96. in fin. & quod de refutant e feudum cum pluribus tradidit Giurb. de feud.

Successione, & Erectione Majoratus, Cap. VI.

507

§. 1. gloss. 12. num. 30. vers. ideo, ubi quod proximior non potest revocare, nisi defuncto resuante, estque pro hac parte text. in dict. L. peto dict. §. præjudicium, cuius superius exaravimus verba.

Nihil obstat ponderata inter mortem, & renuntiationem similitudo, quæ procedit quoad præjudicium renuntiantis, ut explicat Olea aict. quest. 4. num. 41. confirmetur ideo in hac parte tententia.

535 Dum autem jus reservat A. post mortem cedentis, eget declaratione, non tantum jus reservari oportet, sed illico successionem ad illam spectare cedente mortuo superstitem decernere placet; quamvis interim videatur actionem non habere, nec ad majoratum vendicandum, ut diximus, nec ut vis de futuro decidatur, & latissime traditis pluribus juribus, & DD. adductis à Larr. decis 38. à num. 1. usque ad 5. à Pereir. decis. ult. n. 1. contrarium quippe sequuntur ipsi Larr. ex n. 6. usque ad fin. decisionis. Objectionibus respondetur à Pereir. à n. 2. verbo ostendit ad rem nostram, aptius quidem, dum possessor maioratus modum succedendi pervertit. Et hinc, vel illum tamquam successorem in possessionem immittit, ut cæteris præferatur, tenetur pati in vita ipsius, eum ad ipsius successionem agi. & in hoc casu jus dari in præsenti, de quibus discepitur, ne datus ordo ab instituente per possessorem turbetur, interesse considerabile, aut justa causa satis sunt, ut de futura successione agatur de præsenti Castilb. tom. 5. cap. 93. §. 14 à n. 24. Larr. dict. lib. n. 19. justam putat causam timorem futuri gravaminis valere de transactionibus adducens tit. 2 quest. 2. ex n. 19. Ego in præsenti, ubi datur successionis pervertio à possessore facta, interesse considerabile est, & timor futuri gravaminis; ex minoris sane ponderis causa institutum proponitur judicium de futura successione, & ea in Senatu Granatenfi declarata inspicitur apud Larr. dict. decis. 38. declaretur ideo ad A. per mortem cedentis pertinere maioratum, ut jam placuit sapientissimo Domino Senatori inferioris Aulæ fol. 68. utque exhibetur in simili factum nostro in Senatu apud Cabed. dict. decis. 96 n. 7. & Pereir. dict. decis. ult. hac declaratione laudata sententia, Ulyssipone 14 Julii 1673. Leitão. Convenio. Ribeiro.

536 Et si actor intentaverit actionem ratione contraventionis, de qua in nostro cap. 4 fo- rense potest Reus se defendere, ex ibi dictis, & infra, & ex materia casus sequentis.

537 No feito do Capitão mór João Paes de Mello contra o Capitão mór Estevão Paes Barreto, Escrivão Manoel Ferreira de Le-

mos, se deo a tentença do theor seguiente.

Vistos estes autos, libello do A. o Capitão João Paes de Mello, contrariedade do R. o Capitão mór Estevão Paes Barreto, e mais artigos, e documentos &c. Mostrase por parte do A. dizer em seu libello, que todas as instituiçõens dos morgados confirmadas pelos Principes se devem guardar inviolavelmente como Leys pelos sucessores dos ditos morgados, de tal maneira, que se faltarem das obrigaçõens dellas, se lhe podem tirar os ditos morgados por incômiso; e se mostra dizer, que sendo seus avós do A. e R. o Capitão João Paes o Velho, e sua mulher Ignez Guardes, instituirão hum morgado, vinculando a elle o Engenho, invocaçao Madre de Deos, humas duas moradas de casas, e outros bens, como consta da instituiçao, que o A. apresenta, e nomearaõ logo por primeiro successor do morgado a seu filho mais velho João Paes Barreto para elle, e seus sucessores por linha masculina dos Paes, e se mostra dizer, que na dita instituiçao lhes impuzeraõ os raes instituidores certas obrigaçõens, a saber que nos dias de nossa Senhora mandasse dizer huma Missa cantada, e outrossim entrando na successão do dito morgado seriaõ obrigados a vincular logo a metade das terças para a tal qualità render para o morgado, e do dia que entrasse no morgado a hum anno emprazaria em fazenda de raiz ou juro, para que o dito morgado fosse em augmento, com declaraçao, que o successor, que assim o não cumprisse por tempo de dous annos, por esse mesmo feito seria privado do dito morgado, elle, e seus sucessores, e que o haveria outro parente, que fosse mais chegado, a quem competisse a auçaõ, para lho poder pedir por incômiso, e se mostra dizer, que sucedendo no dito morgado o Capitão João Paes de Castro, antecessor, e irmão do R. e vivendo nelle por espaço de dezasseis annos, em todos elles não mandou dizer a Missa cantada, e annual no dia da Annunciação de nossa Senhora, nem menos vinculara ao dito morgado a metade da terça, nem se emprazou em fazenda de raiz, ou juro, que rendesse para o tal morgado na forma da instituiçao, e por o tal facto ficou logo inhabil, e em commissão no dito morgado, como tambem seus sucessores, e se mostra dizer, que o R. he legitimo successor do dito defunto, e como tal ficara inhabil confórme a instituiçao do morgado, o qual injustamente o possue, e devendo o tirar ao dito seu irmão, sendo vivo, o deixara estar nelle desbaratando-o, e empenhando o, com que ficara o dito morgado empenhado em mais de vinte mil cruzados, e se mostra dizer, que o parente mais chegado por linha

Sss ij

mas-

masculina, e geraçao dos Paes, de quem falla a instituiçao, he o Author, por ser primo do Reo, e filho legitimo do Capitao Christovao Paes, e neto do instituidor, e lhe pôde tirar o morgado ao Reo por emcomisso, visto ser sucessor de seu irmão Joao Paes de Crausto, o qual sendo administrador do dito morgado naõ cumpria as obrigaçoes da instituiçao. E por parte do Reo se mostra dizer em sua contrariade, que conforme a instituiçao do morgado elle Reo he legitimo, e immediato sucessor delle, chama lo á successao, por ser irmão legitimo do Capitao Joao Paes de Crausto ultimo, e immediato administrador delle, conforme a instituiçao: e se mostra dizer, que o dito Joao Paes de Crausto naõ cabio em commisso algum para ser privado da posse, e administracao delle, nem deixara de cumprir as obrigaçoes, em quanto o possuia, e depois que fez, e fabricou o Engenho velho, que está com todas suas terras, e pertenças vinculado ao dito morgado, e que sempre mandara dizer as missas da obrigaçao, em quanto foy vivo na forma da instituiçao. E se mostra mais dizer, que o dito Joao Paes de Crausto entrando na successao do dito morgado, naõ era obrigado dentro do tempo q declara a instituiçao, a deixar ametade da terça ao morgado, por quanto o dito Joao Paes de Crausto estando o dito Engenho velho no chaõ, arruinado, e desfabricado de tudo sem moer, o levantara, e as duas Igrejas delle á sua custa, em que gastou mais de quinze mil cruzados, como consta da justificaçao, que elle Reo fez, e ajunta em prova deste artigo. E se mostra dizer, que se o dito Joao Paes de Crausto naõ fizera a tal despeza dos ditos quinze mil cruzados, nem fabricara o dito Engenho, o dito morgado se perdera, e naõ se podia dar á execuçao a disposição da instituiçao; e assim ficou redundando tudo em grande utilidade do dito morgado, pois tudo estava arruinado: e se mostra dizer, que conforme ao inventario, e partilhas, que se fez por falecimento do dito Joao Paes de Crausto, como delle consta, consta fazer o dito Joao Paes todas suas dividas na redificação do dito Engenho, e ficarem por seu falecimento sómente líquidos para o herdeiro 168U207. como se pôde ver do dito inventario, e sendo taõ pobre naõ tinha bens, nem terça para a vincular ao morgado, porque na meyaterça vinha a ser nada, e por essa causa o Juiz ordinario o desobrigara ao R. pela sentença, e se mostra dizer, que elle R. depois que entrou no dito morgado, deo inteiro comprimento á disposição dos instituidores, e obrigaçoes da instituiçao O que tudo visto, e o mais dos auptos, e como se prove largamente por parte

do Reo, que nem elle, nem seu antecessor faltaraõ ás obrigaçoes do morgado, e que naõ sómente se prova pela inquirição do Reo, mas tambem pela do A. contra producentem, e se prova, que o antecessor do R. reedificou o Engenho do morgado de novo, levantando das Igrejas, que estavaõ caidas, em que gastara muitos mil cruzados, ficando por esse e espeito sem fazenda, e individado, e o morgado com muitas benfeitorias uteis, e necessarias, e sem ficar o morgado empenhado, como o A. diz, e como do mesmo inventario consta naõ ficarem mais de cento, & sessenta mil reis ao Reo por morte de seu irmão, e antecessor do morgado, dos quaes ainda que naõ deixasse metade da terça para se vincular ao morgado, como dispoz o instituidor, naõ pôde ser causa para cair em commisso, sendo causa taõ limitada, que mal bastaria para os gastos do enterro, e dado que ainda assim fosse obrigado a vincular a meya terça, se deve haver por suprida essa falta com as benfeitorias que fez uteis, e necessarias, em as quaes gastar a muitos mil cruzados, como largamente se prova. Absolvo ao R. do pedido pelo A. em seu libello, e condeno ao A. nas custas. Olinda de Janeiro 30. de 1678. Lino Camello.

Ab hac sententia fuit appellatum ad Brasiliensem Senatum, ubi fuit confirmata die vigesimo secundo Aprilis anno 1679. à Judicibus Almeida, & Andrade.

Et ad supplicationis Senatum gravamen fuit interpositum ibidemque fuit retro proxima sententia confirmata à Judicibus Freyre, & Carneyro. Et fundata in deliberatione sequenti.

Quidquid sit de contraventione ultimi postessoris Joannis, parumque refert, quod institutorum voluntatem non adimplevisset, eo quod illius culpa Stephano illius fratri successor officere non poterat, non ex dispositione Legis, prout doctus patronus existimavit, quæ locum habere non poterat, ubi aliud ab institutoribus cautum fuisset, sed ex mente institutorum, prout ex sequentibus patebit.

Duplex in jure consideratur exclusio, vel realis, quæ non solum contravenientem, sed etiam illius filios, & descendentes comprehendit, vel personalis, quæ contravenientem tantum afficit, & non descendentes, de utriusque materia agunt latissime Castill. lib. 3. controv. cap. 15. per tot. ubi infinitos refert, Molin de primogen lib. 4. cap. 11. numer. 51. Mier. de maiorat. 4. p. illat 8. num. 22. Cald. de nominat. q. 14. n. 7. Peregrin. de fideicom. art. 27. num. 18. Plane in praesenti vel exclusio est realis, vel personalis, si realis, ut patet ex

ex dispositione institutorum contravenientem, & illius descendentes, si filios, & nepotes tantum comprehendit, & non Stephanū contravenientis fratrem, & successorem, cum quo & qualiter, atque cum A. nihil commune habebat ultimi postessoris negligentia, imo in signum esset considerare, quod ille transversalis, in quo ceſtabat illa ratio puniendi in obedientiam postessoris, ex eo folum quia proximior erat, à successionē maioratus privaretur, quando censura juris ex maiori proximitate magis dilectus præsumitur, & prius vocatus censetur, *Castill. lib. 5. controv. cap. 87. num. 34. & cap. 142. num. 22. Molin. de primogen. lib. 2. cap. 5. sub n. 4. Noguerol. alleg. 9. n. 73. 74. & 75.*

⁵⁴¹ Nec obstant illa verba institutionis fol. 14. ibi: *Serā privado do dito morgado elle, ejeus successores &c.* Quae verba non excludunt tantum descendentes, sed etiam immediatos successores, eo quod ampla illa, & utilis dictio (successores) non solum descendentes, sed etiam omnes etiam transversales successores comprehendit, *Clement. dudum de sepultur. notant cōmuniciter DD. ad text. in L. Gallus §. etiamsi parente ff. de liber. & posthum. Menoch. conf. 89. num. 134. Mantic. de conjectur. ultim. volunt. lib 8. tit. 14. n. 21. Peregrin. de fideicom. art. 32. n. 60. cum seqq.* Quapropter videbatur dicendum, quod illa exclusio non solum comprehendit filios, sed etiam transversalem immediatum successorem.

⁵⁴² Verum hoc unicum fundamentum A. parvi pendendum esse existimo, licet enim sub latissima prædicti verbi, successores, significatio comprehendantur etiam transversales, tamen proprie solum filii, & descendentes comprehenduntur ex dispositione *L. cum accusissimi Cod. de fideicom. Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 89. num. 57. & conf. 958. n. 11.* & maxime in præsenti, ubi agitur de exclusione successoris maioratus, quæ tamquam odiosa semper venit stricte interpretanda, prout cum pluribus notavit *Castill. d. lib. 3. controv. cap. 15. num. 24 & 25.* ac per consequens illud verbum, successores, solum descendentes contravenientis comprehendere debet, nt in materia odiosa amplietur per impropriam significationem exclusio, quæ potius debet impropriari, ne exclusio sequatur, facient quæ *Riminald. conf. 482. n. 3. Peregrin de fideicom. art. 32. n. 71.* Et hæc sint satis super exclusione aggravati propter contraventionem fratris, cum alia eleganter in processu inveniantur considerata.

⁵⁴³ Quoad contraventionem aggravati etiam

confirmando venit sententia; patet namque ex documentis, aggravatum in omnibus institutorum voluntatem adimplevisse, quapropter non est, cur eum à successionē excludamus.

Nec refert, si dicatur, quod dimidium tertiae bonorum usque adhuc maioratu non vinculavit, elapso jam termino unius anni à testatore præfixo, quoniam ut utriusque instantiæ Patroni eleganter considerarunt, illa clausula fol. 13. ibi: *Sejaõ obrigados os successores do morgado a deixar amet ade das terças de sua alma.* Nihil aliud continet, nisi quamdam obligationem impositam postessori, ut per illius obitum prædictam hereditationis partem maioratus vinculo supponat, & in sequenti clausula fol. 14. ibi: *Empregará a dita amet ade da terça;* inponunt institutores gravamen successori collocandi prædictum dimidium tertiae hereditationis in bonis fructiferis.

Nec aliter interpretari potest prædicta dispositio, eo quod illud verbum prædictæ clausulæ, ibi: *Deixar, solum ultimæ voluntati convenit ad text. in L. 1. §. ult. ff. de tabul. exhibend. L. jubemus § ultim. & ibi gloss. verborelinquo Cod. de sacros. Eccles.*

Unde dum institutores per hoc verbum postessori tale onus imposuerunt, interpretanda est necessario illorum dispositio de obligatione postessoris tempore mortis, quod etiam evidenter ostenditur, nam qualiter collocandum erat in bonis dimidium prædictæ tertiae in vita postessoris, si in illius vita impossibile erat examinare, quanta bonorum pars, & quantitas ad tertiam pertinebat, cum sit quota bonorum tempore mortis existentium? Eleganter *Valasc. de partit. cap. 19. n. 2. cum seqq. & n. 5.* non ergo in culpa est aggravatus, eo quod usque adhuc vinculo non supposuit suæ tertiae dimidium, cum hæc obligatio tantum morientibus imposta fuisset ab institutoribus.

Nec etiam in culpa est aggravatus, eo quod saltem dimidium tertiae antecessoris vinculo non supposuit, quoniam ultra quam quod maiorem bonorum partem maioratu vinculavit in meliorationibus, ut patet ex sententia, & supplicatione fol. 119. etiam quando si non adimpta fuisset institutorum voluntas, ex alio fundamento excludebatur A. intentio, nam in institutione hoc onus imponitur successori intra annum, & biennium, ut constat fol. 14. ibi: *Empregará a dita ameta da terça do dia, que entrar na successão a bum anno.* Plane R. maioratus possessionem adeptus fuit 23. Februarij 1673. constat fol. 114. & actio instituta fuit 21. Aprilis ejusdem anni,

anni, nondum elapsis duobus mensibus. Igitur in omnibus tamquam intempestive ante adventum diei agens A. repellendus est ad text. in §. si quis agens instit. de action. cum vulgarib.

Confirmetur ergo inferioris Aulæ sententia. Ulyssipone 15. Aprilis 1681. Carneiro.

547 De qua re multa diximus tom. 2. hujus tract. & potest opponere contraventionem patris non præjudicare filio, ut diximus foren. cap. 4. n. 94. & seqq. & me citato add. noviss. Olea de cess. ad tit. 3. q. 4. p. post finem pag. 45. & 46. Et cum aliis supra, & infra scriptis potest defendere actionem reivindicationis.

548 Et si Actor fundetur ad dominii probationem in assertione institutoris, ut potest, quia si testator in ejus ultimo testamento bona uti sua descripsit, & oneri perpetui maioratus supposuit, ex his descriptione plenissime probatur bona fuisse testatoris, & in ejus hereditate remansisse, etiam quando agitur contra tertios habentes causam à gravatis, Cyriac. for. contr. 204. n. 40. & 41. Peregr. de fideicommiss. art. 4. n. 6. Palma alleg. 1. num. 5. Potest Reus opponere non sufficere talem probationem, & si non fuerit heres, non obtinebit Actor contra Reum extraneum, sed solum contra heredem, qui licet actor agens ad fideicommissum, aut maioratum certæ rei habeat actionem, si probet bona à se petita fuisse in bonis fidei cōmittentis, aut institutoris tempore erectionis, aut relicti maioratus, Fusar. q. 616. & 667. Joan. Bapt. Costa conf. 31. num. 21. Mier. de maior. p. 1. q. 45 num. 13. & 4 p. q. 20. Censal ad Peregr. de fideicommiss. art. 44. vers. sed cum ex his Cyriac. contr. 204. num. 2. & 40. Ramon. conf. 46. num. 26. & conf. 47. num. 2. cum aliis de quibus Quezada Pilo foren. contr. 23. n. 57. & 58. Úbi etiam quod non probata identitate rei, vel dominii per maioratus successorem, aut fideicommissarium, potest index sua sententia declarare casum fideicomissio evenisse, reservato jure probandi, quæ sint bona subjecta maioratu, cuius qualitatis probatio ad maioratus, aut fideicommissi reivindicationem necessario desideratur quoad extraneum, ex Vela dissert. 46. n. 6.

549 Attamen secus dicendum est contra heredem, quia tunc assertio institutoris dominium rei, & identitatem plene probat, & virtute talis assertionis fideicommissarius, aut maioratus successor restitutionem honorum obtinebit, Peregrin. d. art. 44. num. 20. Cyriac contr. 204. n. 26. optime Quezada Pilo ubi sup. d. cap. 23. num 56. & 59. & si actio

hypothecaria intentetur, quæ competit succitori maioratus pro consequenda re legit, ad maioratum potest Reus opponere præscriptionem, & ea probata excludendus venit, ut judicatum fuit in causa seq.

No feito de revista de Pedro Guedes de Miranda de Lima, Estribelio nór de Sua Magestade, contra Joseph Machado, Escrivão Manoel de Goes Pinheiro, se deo atentença seguinte.

Vistos estes autos, exceição peremptoria fol. 142, offerida por parte do R. Antonio Velloso a efeito de impedir a embargar o procedimento dos dous ultimos artigos do libello fol. 2, que sómente tocaõ ao dito excipiente, contrariedade do excepto, mais artigos recebidos, prova dada. Mostrase renderem os Padres da Casa Professa de S. Roque da Companhia de Jesus a quinta, de que se irá a Antonio Velloso Cerqueira avo do excipiente em Mayo de 1606, trespassando logo nesse a posse della pela clausula constituti, valida, e permitida em Direito. Mostrase, que desde o dito tempo até o presente esteve o excipiente per si, e seu paiz Gaspar Velloso, e pelo dito seu avo de posse desta quinta pelo justo, e legítimo titulo de compra, e com a boa fé, que conforme a Direito se presume, não constando, como não consta, o contrario destes autos, e pelo curso de tanto tempo, que se deve conformar a Direito, e Ley do Reyno do dia da dita translação da posse se ficou persistendo a auctorização hypotecaria, que o excepto pertende ter pelas razões deduzidas no ait o libello, quando a dita auctorização procedera de plano, o que por ora não he necessario examinar, porque pela prescrição ficou extinta. E ainda que alguns Doutores entenderão, que a disposição da Ley do Reyno neste particular, e o Direito cōmum, com que ella se conforma, tinha só lugar depois de o acreedor hypotecario ter executados assim ao devedor principal, como Jesus fiduciarios, em forma que tivesse recurso contra o possuidor da causa hypotecada, e que desde tempo começava a correr a prescrição da auctorização hypotecaria: este entendimento he reprovado cōmumente pelos Doutores, assim nos termos da Ley do Reyno, como nos de Direito cōmum, e estando a cōmum opinião em contrario, por ella devemos julgar conforme a Ordenação. Quanto mais, que ainda que esse negocio fora duridoso na prescrição de dez, e vinte annos, de que a Ley falla, com tudo nos termos presentes parece, que fica fóra de questão, pois se prova pelo dita escritura, e pelas testimunhas a fol 168. a posse de mais de quarenta, a qual sendo titulada, se equipara em Direito com a posse immemorial, e temos mesmos

mesmos effeitos, e por elia se prescrevem os bens de morgado, e em que ha resistencia da Ley, e probibicao tacita, ou expressa do testador, qualidade que nao concorre na quinta de que se trata, pois nao he, nem foy nunca vinculada em morgado, nem tal se articula, nem se acha resistencia alguma de Ley, que impida a prescripcao, nem a aucaao, que o excepto pertenda ter, e deduz no dito libello, podia fazer affecta a dita quinta com esta probibicao, e ficar inalienavel, e de morgado, pois as qualidades supoem existencia, e a probibicao de alhear vinculo com effeito na propriedade, que se pertende conservar na familia, e cuja albeacaao se prohibe, e destes termos uao todos os Doutores, que fallao nessa materia de prescripcao dos bens de morgado. O que visto como o mais, que dos autos consta, julgo a exceptiao peremptoria por provada, e que o excipiente tem prescripta a quinta, de que se trata, e que contra elle nao procedem os ditos artigos do libello do excepto, ao qual condeno nas custas destes autos. Lisboa 20. de Janeiro de 1653. Doutor Luiz Gomes de Basto.

551 A qua sententia fuit gravamen interpolatum ad Supplicationis Senatum, ubi fuit confirmata, Judices Delgado. Lemos. Et fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

552 Adversus actionem propositam in ultimis duobus articulis libelli per aggravatum oblatam fuit peremptoria exceptio fol. 142. quam dignissimus Curialis Praeses probatam judicat in sua sententia fol. 182, gravamine interposito legitimo loco, & tempore, cum solutione Gabellae, devoluta est querimoniaz AA. cognitio, cuius decisio mihi clara videatur, ubi secundum juris dispositionem, atque veras Doctorum resolutiones constare possit in bonis dictae defunctae Elisabeth dari hypothecariam actionem successoribus maioratus, vulgo da Landeira, ad implementum oneris impositi per institutorem, quod onus agnovit defuncta in proprio testamento fol. 27. ibi: *Deixo ao morgado da Landeira aquella parte de bens que Je achar, que lhe devo de deixar, conforme ao compromisso, que primeiro se verá.* Ex quibus verbis duo indubitanter colliguntur impræsentiarum, obligationis recognitio, & legatum, quia verbum relinquo de sua natura commune est, atque aptum est significare directam, vel obliquam institutionem, vel legatum, aut fideicommissum, Bart. *receptus in L. Centurio num. 15. ff. de vulg.* Idcirco si pars debita vinculo maioratus consideretur tamquam legatum, verum est dicere pro legatis, & fidei-

commissis regulariter tres competere actiones, L. 1. in princ. vers. rectius igitur Cod. comm. de legat. §. nostra autem inst. de legat. Utrobique DD. communis ut per Graff §. legatum q. 74. n. 1. inter quas actiones hypothecaria enumeratur, quæ quidem non consistit in ipsa re legata, sed in omnibus rebus defuncti, *Gloss. verbo per hypothecariam in dict. §. nostra autem, gloss. verbo in multis in dict. L. 1. bonus text. in L. creditorib. ff. separationib.* Quod probabilius colligitur ex eo fundamento, licet verum rei dominium legata in legatarium transit, res autem propria illi hypothecari non poterat, L. neque pignus 46. ff. de reg. iur. Ideo constat legata, rium in re sibi legata hypothecam habere non posse, ita DD. communiter, ut per Jas. in L. 1. n. 132. ff. legat. 1. & hanc esse veriorum, & magis communem opinionem ex Rip. Negusant & alijs affirmat Graff. dict. loco q. 76. n. 2. quæ communis opinio magis adaptatur quæstioni propositæ, in qua res certa legata non reperitur, secundum legatum constitutum in omnibus bonis. Ultraquod si communis displiceat juxta Bart. opinionem, legatum consequi potest per hypothecariam, quamvis sit statim in re certa declaratum; quo circa ex hoc capite, & ex fundamento docti patroni AA. fol. 183. in §. Porque como o instituidor, cum sequenti, punto hypothecariam dari in casu proposito recte, & recte fuisse propositam, adversusque illam non procedere præscriptionem allegatam, & improbatam, quia ad præscribendum jus hypothecæ non currit tempus taxatum per Ord. in lib. 4 tiz. 3. §. 1. n. 1. postquam Dominus hujus actionis debitorem principalem excussum, & illius bona exhausta reliquit, Mend. à Castr. in prax. lib. 4. cap. 4. n. 15. Barbos. in L. sicut n. 188. Cod. de præscript. 30. cum antea stante illo impedimento non currat præscriptio, L. 1. C. annal except. & per consequens A. non potest dici negligens, quatenus impeditus à jure agere non potuit, Gam. decis. 21. n. 5. Cens. de censib. q. 98. n. 4. & decis. 532. num. 10. per documenta vero in actis oblata fol. 21 & fol. 122. constat antecessores habitati diligentissimos fuisse, atque impeditos litibus supra citatis à tempore mortis defunctæ usque ad annum de 1650. ex quibus omnibus sententiam revocatione dignam arbitror. Ulyssipone 1. Decembri 1654. Lemos.

Reum excipientem titulum, & possessio- 553 nem quadraginta annorum probast non am- bigitur, ex actis enim manifeste deducitur: inspiciendum ergo, an ex objectis præscriptioni, illa non procedat, & cum illud strenue

con-

convertatur, an hypothecæ ex tempore fiat præjudicium, quamvis creditor impeditus reperitur hypothecaria experiri, prius quantumcum, an in villa, de qua contenditur, hypotheca tacita reperiatur; & primo non ex eo, quod testatrix Domina Elisabetha teneretur tertiam tertiaz vinculo maioratus adjungere, illius bona hypothecata censentur, quia id jure non reperitur expressum: at vulgare est tacitam hypothecam non induci, nisi in casibus à jure expressis, *Barbos.* in *L.* si cum dotem §. fin. n. 32. ff. solut. matr. *Surd.* decif. 31. n. 9. *Merlin.* de pignorib. lib. 4. q. 41. n. 21. nec DD. allegati fol. 583. hoc afferunt, ut ex illorum inspectione patebit, imo *Merlin.* citat lib. 3 q. 14. num. 125. contrarium dicit ibi: *Sed bususmodi decisiones sunt in terminis legati in specie, non in genere, & propterea non mibi videtur recedendum à dictione, que erat inter bona defuncti instituentis, & legantis, quæ sunt hypothecata, & bona hereditatis obligati, quæ hypothecata non reperiuntur.* Nec quod adducitur ex administratione subsistit, cum & *Merlin.* allegatus dict. lib. 3. q. 3 n. 1. & 2. hoc affirmat, cum contrarium teneat à n. 7. usque ad fin. quæstionis, ubi respondet contrarijs fundamentis.

554 Restat solum hypotheca tacita ex legato præfatae Dominae Elisabethæ fol. 25. ubi ius sit solvi hoc debitum casu, quo melioramenta non sufficerent ad integrandam tertiam tertiaz, nam quamvis testator jubet solvi debitum, & illud peti potest jure legati, ut per *Surd.* decif. 285. n. 2. *Tusc.* liter. C conclus. 639. num. 5. *Merlin.* contr. centur. I. cap. 85. num. 7. & pro legatis dari hypothecam tacitam in omnibus bonis testatoris, vulgare est ex communi DD. in *L.* 1. Cod. cōm. de legat. *Merlin.* dict. q. 14. n. 12. Unde cum villa, de qua contenditur, fuerit præfatae testaticis, videbatur dicendum hypothecam esse ad solutionem debiti. & recte Actorem hypothecariam in libello movisse contra Reum, & si possestorem tertium ejusdem villæ, competit enim non solum contra heredem, sed contra quemlibet bonorum possestorem, ut per *Fusar.* conf. 52. à n. 19. *Merlin.* dict. q. 14. n. 17. qui alios referunt.

555 Verum his non obstantibus, puto villam non esse hypothecatam pro isto debito, quamvis petatur in vim legati, quia & si regulariter bona testatoris sint tacite hypothecata pro legatis relictis ab eodem, tamen hoc fallit in re legata alteri legatario, quia hæc non esse hypothecata pro alijs legatis, sive specierum, sive quantitatis, ita *Gloss.* verbo in multis in *L.* 1. Cod. cōm. de legat. *Negusant.* de pignor. p. 2. membro 4. n. 160. *Mantic.* de

tacit. & ambig. lib. 11. tit. 17. n. 16. *Suri* conf. 209. à num. 1. *Merlin.* dict. q. 14. n. 98. Plane hæc villa legata fuit Monasterio Divi Rochi hujus Civitatis ab eadem testatrice Domina Elisabetha, ut fol. 144. vers. ergo hypothecata non remansit pro legato istius debiti, de quo agitur in libello.

Nec aliud suadetur ex eo, quod illa resolutio locum habet, quamvis reperiantur alia bona testatoris, cætera quamvis sola reperiuntur legata in specie, tunc legata alia persolvi debent ex specie legata, facta contributione, & defalcatione, argumento text in *L.* quærebatur ff. ad leg. falsid. ut explicat *Surd.* n. 6. *Negusant.* & *Merlin.* n. 100. locis citatis: quia respondet id locum habere in legatis, qui subsunt contributioni, & defalcationi, dict. *L.* quærebatur.

At vero legatum hujus villæ relicta est præfato Monasterio Religiosorum pauperum, & qui bona non habent, nec in particuliari, nec in communi, ut dixi, & legata ista pia pauperibus relicta non patiuntur diminutionem, aut defalcationem, ut per *Tirag.* de pia causa privileg. 72. *Surd.* de alimento tit. 8 privileg. 30. n. 3. ubi hoc esse verius affirmat *Leonicillus*, qui alios refert de privileg. pauper. 2. p. privileg. 213. n. 3. Ego, quamvis Actor ostenderet legitime tempore mortis testaticis alia bona non remansisse præter istam villam, quod non probat, imo ex actis contrarium satis datur intelligi, hypotheca, quæ experitur in hoc processu, non subsistit, quod autem plura bona remanserint libera, & plura legata profana relicta in testamento, patet ex serie ejusdem à fol. 27.

Quo supposito superfluum erit disceptare de interpretatione *Ordinat nostræ lib. 4 tit. 3.* §. 1. & an præscriptio hypothecæ currat à die factæ executionis debitoris principalis, an vero à die possessionis tertii excipientis, & an ostendatur Actorem, vel ejus antecessorem fuisse impedimentum litibus, & an impeditus fuerit, quod posset removeri, necne, de quibus plene *Merlin.* de pignor. lib. 5. q. 22 per totam, ubi alios refert, ea enim ad hypothesim nostram pertinerent, si villa hypothecata censemetur cæterorum sublata de medio hypotheca ex supra dictis, nihil obstat præscriptioni dominii, desumptæ ex quadraginta annorum cursu, cum titulo, quæ possessioni immemoriali æquiparatur in iure, ut *Pereir. de Cafr.* decif. 52. n. 3. qua Reum securum dicerem, & legitime à petitis defendi cum Prætore meretissimo judicarem. Ulyssipone 9. Decembris 1654. Pereira.

Dubitari non potest defunctam fuisse debetricem maioratus da Landeira pro vincula

landa certa quota tertiae, ut satis ostenditur ex fol. 27. ubi illam fatetur obligationem vinculandi in majoratus augmentum.

560 Quo supposito omisla illa quæstione, an sustineri debeat dispositio in vim legati, vel non ad effectum, ut competit hypothecaria, ex L. 1. Cod. comm. de legat., vel non competit, quam præcedentes Domini inter se adversantes ad satietatem disputant, ne repetat dicta, ad aliud fundamentum me converto. Mortua Elisabetha, in partitionibus majoratus fuerunt adjudicata certa prædia, quæ tamen per sententiam pertinere ad Monachas Salvatoris judicatum fuit fol. 21. statim antecessoris aggravantis in judicium vocarunt hæredes defunctæ veluti sodales Carthusianos, qui quidem victores apparent ex Senatus sententia fol. 119. confirmata in Senatu fol. 122. 26. die Novembbris 1650. cum igitur adversus hæredes non pateret regreslus, adversus aggravatum actionem proposuerunt 16. die Martii 1651. intra annum fol. 1.

561 Cum igitur alienatio facta in fraudem majoratus creditoris revocetur, ex L. 1. ff. qua infraud. creditor. §. item si quis in fraudem inst. de action. DD. ibi, Menoch. 1. recuperand. num. 13. Gam. 2. cap. 2. num. 2. vers. limita, eleganter Cujac ad Africanum tract. 1. §. 2. revocatio autem debet fieri intra annum, prout in presenti, quo experiundi potestas fuit, probat text. in L. ait Prætor in princip. & in L. autem §. fin. ff. eod tit. ibi: *Hujus actionis annum computamus utilem, quo experiri difuit.* Ex quibus infertur, quod cum à mense Novembbris, in quo Carthusiani victoriam reportarunt, intra annum aggravans movisset actionem, & ante illam actionem experiente potestas non esset, quia non poterat compellere legatoris, antequam compelleret hæredes, & legitime impedito non currit temporis juxta vulgaria.

562 Facit difficultatem, quod Monasterium Divi Rochi non fuit particeps fraudis ac proinde cœlat edictum, ex L. qui à debitore 9. hoc tit. L. 1. §. hæc actionis si quis in fraudem patroni, requiritur enim vera fraus in accipiente, L. ait Prætor §. ita demum hoc titul. L. patr. nus 6. de probat. vers. saltem præsumptivas, L. omnes 17. §. Lucius hoc tit. vers. quod ille qui accepit, non fuisse fundamenti consilii ignorantum, dicit. L. qui autem §. hoc edictum L. pen. ff. hoc tit.

563 Hæc tamen resolutio procedit in titulo oneroso, at in titulo lucrativo indistincte semper revocatio est facienda, dicit. L. qui autem §. pen. ibi: *Etsi necessarius legata præsterit,* deinde ejus bona venierint, Proculus ait, &

ignoverint legatarii, tamen utilem actionem dandum, & quamvis consideretur fraus in Monasterio legatario nec in testatrice, si quidem jussit, quod prædicto debito satisfiat, poterit cessare actio Pauliana, non vero alia, quæ dicitur in factum, quæ competit, quamvis fraus abest, non vero in fraudem datur, sed in nullum factum alienationis detracta fraudis mentione videndum est L. ait Prætor 10. in fin. edicti ff. quæ in fraudem credit.

Sed me egregiè persistente in favorem ag- 564 gravantis omnino oppreslit text. in L. si is qui 9. ff. quæ in fraud. cred. ubi actio Pauliana datur, tam contra primum, non vero contra illum, qui ab eo emit, Fab. lib. 20. cap. 14. in princ. Osuald. lib. 23. cap. ult. ad Donel liter. AA. Unde supradicta egregiè procedebant, si actio intentaretur adversus Cænobium Divi Rochi, si adhuc possideret præmium, de quo agitur, non vero adversus aggravatum emmentem ab illo, ex dict. L. si is qui. Igitur in proponendis supra edicti in vanum laboravi.

Repulsa igitur illo articulo, accedens ad hypothecam placet non esse contractam, & obligationem, qua defuncta tenebatur, esse legitime prescripta Prætore Curiali mere- tissimo confirmato. Ulyssipone 23. Junii 1655. Delgado.

A qua sententia fuit petita revisio, & fuit concessa, & fundata in deliberationibus se- 565 quentibus.

Mortua Domina Elisabetha de Lima, anno 1603. ut fol. 34. in appenso, quæ in possessione erat majoratus vocari da Landeira, qui gravabat successores in certa quota suæ tertiae in sui augmentum annexanda, antequam obiisset, in suo ultimo elogio hanc partem bonorum, in qua gravata se agnoscet, dicto majoratui, reliquit in his verbis, quæ in appenso fol. 27. inveniuntur, ibi: *Deixao ao morgado da Landeira aquella parte de bens, que se acabar que lhe devo de deixar, conforme ao compromisso que primeiro se verá.* Ex quibus verbis, relinquere, & relinquere, de sua natura communia sunt, & apta significare directam, vel obliquam institutionem, legatum, seu fideicomisum, ex Bart. recepto in L. Centurio numer. 15. ff. de vulgar. & pupilar. subst.

Factis partitionibus bonorum dictæ de- 566 functæ majoratus successor in eis se deceptum contendens item instituit, quæ usque ad annum 1642. duravit, ut fol. 88. in quo sententia obtenta illius virtute novæ partitiones factæ fuerunt, & majoratui adjudicata bona, quæ Moniales Sancti Salvatoris hujus Civitatis possidebant, ex contractu cum

Tractatus de Exclusione, Inclusione,

514

illis facto super Capella maiori sui Cænobii, in qua tumulata defuncta invenitur, constat ex 1criptura fol. 74. Duni vero possessor ex sua charta possessionem dictorum bonorum à fol. 5. habere contuleret, impeditū se invenit jure tertii per prædictas Moniales.

567 Cognitio impedimento, item de novo instauravit cum Monachis de Laveiras, uti hæreditibus defunctæ, qui per se sententiam obtinuerunt fol. 112. eo quod bona fuissent omnino exhausta oneribus testamenti: cui sententiæ impedimenta offerens successor majoratus etiam in illis succubuit fol. 122. hac adjecta declaratione, quod possit adversus legatarios agere, quod & fecit in appenso, in quo contra te sententiam reportavit, exceptione præscriptionis probata judicata uno ictu, absque discussione causæ se victum inventit, de qua tota est querimonia supplicantis: quæstio namque, quam sapientissimi Domini disputatione, Utrum scilicet in præsenti daretur hypotheca bonorum, nec ne? tamen interfiebat contrarietati causæ principalis, in qua discuti debet cum causæ cognitione, ut existimat sapientissimus Magister, qui secundo loco suffragium tulit in appenso super exceptionibus sententiæ, quæ revidi desideratur fol. 223. vers.

568 Quibus sic præhabit, & fideliter narratis, consequitur in sententia, tam agi posse de exceptione præscriptionis, an scilicet contra supplicantem, & ejus antecessores præscripta fuisset actio, nec ne? In qua quæstione permittendum est præscriptionem, licet favorem contineat, ne dominia rerum in incerto essent, ex L. 1. ff. usucap. § ult. inst. eod. & utrobique DD. Cov. in regula possessor 3. p. in initio num. 1. Gom. in L. 45 Tauri n. 4 Menoch. de arbitr. q. 49. num. 2. & alii quamplurimi: multum tamen odii continere, ex L. ult. ad fin. Cod. anal. excep. ibi: Contra desides homines, & ibi odiosæ exceptiones opposite, Cap. vigilanti de præscript. cap. placuit vers. præscriptionem ibi q. 3 Bart. Abb. Bero. & alij, quos refutunt, & sequuntur Cov. in dict. regul. possessor 2. p. §. 12. num. 4. Balb. de præscript. 3. p. 6. principalis q. 3. num. 3. 4. & 5. & 2. p. principali in princip. num. 1. Parlador. quotidian lib. 1. cap. 1. §. 3. num. 4. Guid. Pap. decis. 416. num. 2. Unde non de facili admittendum esse legitime consequitur.

569 Ultra quam quod legitime impedito non currat tempus, L. unic. Cod. Annal. except. c. quanto de præbend. Cab. 1. p. decis. 76. num. 5. plures per Saigad. 1. p. protect. Reg. cap. 7. n. 65. cum seqq. & 2. p. cap. 13. num. 253. Supplicans vero, & ejus antecessores à morte diætæ Dominæ Elisabethæ, semper lites super

hac restitutione maioratu facienda prose-
quuti fuerunt, & ante ultimam sententiam,
de qua constat fol. 122. contra legatarios
actionem non habebant, eo quod hæreditas
excusa non fuisset, nec constabat hæredita-
tem solvendo non esse. Unde cum agere cō-
tra supplicatum uti legatarium non possent
ante dictam sententiam, nunquam contra eos
præscriptio currebat, etiam si per mille annos
impediti fuisserent, ex L. is qui usumfructum ff.
quib. mod. ususfruct. amit. L. ut pomum §. ff.
ff. de servit. L. quibus diebus ff. condit. & de-
moustr. Et solum currere posset, quando im-
peditus impedimentum removere potuisse, &
non fecisset, dict. L. quibus diebus, ibi: Nec
per testes quomodo agendo cum submoveas.
Pinel. in Auth. nisi triennali n. 48 Cod. bon.
mater. Unde cum semper litigassent, & im-
pedimentum removere totis viribus studui-
sent, desides vocari non poterant, & conse-
quenter contra eos præscriptionem non da-
ri certius duco.

Sed contra proxime resoluta obstat maxi-
me Ord. lib. 4. tit. 3. ubi deciditur, præscriptio-
nem actionis hypothecariæ incipere à die,
quo res, in qua hypotheca prætenditur, ad
dominium tertii pervenit: atque in præsen-
ti totum fundamentum supplicantis consistit
in demonstranda hypotheca in bonis defun-
ctæ, & consequenter in villa libello petit:
rursusque constat hanc ad dominium patris
supplicari devenisse anno 1606. ut fol. 114
ergo jam præscriptam esse actionem, suppliantemque audiendum non fore, dicendum
est.

Respondetur namque istam Ordinatio-
nem intelligi debere datis terminis habilibus
quamvis licet, qui hypothecariam habet, age-
re potuit, vel quamvis impeditus esset, impe-
dimentum removere potuit, & non fecit, ut
supra diximus. Non vero quando diligen-
tiā omnem adhibuit, nec removere potuit
obstaculum, ut intelligit noster Gam. dec. 21.
num. fin. & licet Flor. ibi in addit. dicat con-
trariam sententiam Balb. & Negos. esse con-
munem, & Gam. reprobata, si attente eum
legat, loquitur quando in potestate habentis
hypothecariam fecit executionem facere, &
non fecit, ut colliges ex finalibus verbis ejus-
dem Flor. ibi: Nec aliquid impedimentum sus-
fragatur, cum voluntariorum sit. &c. Unde cum
in nostris non fuisset in potestate supplicantis,
nec ejus antecessorum impedimentum re-
movere, cum litibus super eo removendo in-
cessanter incumberent, contra eos præscrip-
tio non potuit currere. Aliter enim iniqui-
tatem contineret lex nostra, quod non
est dicendum, auferendo actionem ablique

cul-

culpa, seu negligentia illius, qui quantum in se fuit, impedimentum auferre curavit. Unde cum supra resolutum sit, præscriptiones contra delites, & negligentes institutas fuisse per L. ult. Cod. annal. except. cap. vigilanti de præscript. supplicanti, qui per se, & antecessores satis vigilavit, non obstat præscriptionem pro constanti teneo.

72 Ultimo pro complemento advertendum putavi, quod etiam si daremus sine præjudicio veri præscriptionem currere à die, quo res hypothecata pervenit ad tertium, etiam si ipse tertius impeditus fuisset, adhuc in nostro casu nullo modo obstat potuerat. Præscriptio namque in majoratibus non præjudicat successori, sed nocet tamen postessori, qui negligens fuit in petendo, Gabr. Pereir. decis. 52. num. fin. quia cum bona majoratus alienandi prohibitionem habeant, præscribi absolute contra omnes nequeunt, sed contra postiores tamen, etiam si adsit titulus, & tempus 40. annorum, Gabr. Pereir. dict. dec. 52. per tot. Molin. de primog. lib. 2. cap. 6. n. 51. & seq. & lib. 4. cap. 10. num. 10. Addit. lib. 1. cap. 3. num. 22. Unde cum haec resolutio procedat in præscriptione bonorum, cur præscriptioni hypothecariæ denegabitur, constat enim supplicantem ex morte patris succedere, quæ contigit anno 1654. ut fol. 198. vers. & ita contra eum præscriptum non esse existimarem.

73 Nec evitabitur hoc fundamentum, si dicatur hanc resolutionem procedere in bonis majoratus jam annexis, non vero in annexatis, ut in nostro casu, quia cum in prælenti non solum ex dispositione institutoris, sed etiam ex testamento defunctæ Dominae Elisabethæ, in quo reliquit majoratui partem sibi debitam ex dicta institutione majoratus, successor actionem habeat, ipsam rem habere videtur, ex his quæ Phæb. decis. 15. Barb. in loc. com. liter. A. num. 76. Ex quibus omnibus fententiam revisione judicare esse dignam. Ulyssipone 22. Julii 1657. Rego.

74 Cum revisionis judicium, de quo nunc agimus, per eadem acta absolvendum sit, ut doctæ concludunt Cald. tom. 1. consult. 52. n. 10. Giurb. decis. 14. num. 10. cum quibus priores iudices fuerat judicatum, Petr. Gregor. de judic. caus. feud. q. 52. num. 11. Afflict. decis. 79. num. 3. Thusc. tom 7 liter. R. conclus. 314. num. 2. ideo hujus decisio longum posculabat tempus, maximumque exigebat studium, argumento text. in §. quorum utranque viam, ubi gloss. verbo cum summis vigiliis in proemio Inst. eo maxime cum iam patrum scanduntur in contraria mentes, quorum au-

thoritas in Senatu vicem legis obtinet, L. 2. §. his agitur ff. de origine jur. §. responsa prædictum inst. de jur. natural. Aldobrand. in dict. §. responsa num. 5. Cujac. observat. lib. 10. cap. 8. Igitur ne alias remedium istud inventum ad incuriam judicum emendandam, ut ait Cald. ubi supra n. 3. per incuriam judicantis, iterum in incuriam partiū reddetur, necesse mihi fuit omnia exactè legere, & singula accuratè perscitari, & ex his quod optionem in jure eslet eligere, utar Imperatoris verbis in L. 2. Cod. de veter. jur. enucleand. ea tamen fiducia dicitur, quod possit unius forsan, & deterioris tentatiæ, & multos, & maiores aliqua in parte superare, ut testatur ipse Justin. in L. 1. vers. sed neque Cod illo tit.

Nunc vero ad decisionem, & cum ex facto jus oriatur, juxta vulgarem tex. in L. si ex plagis 53. §. cum in clivo ff. ad leg. Aquil. illud non repeatam, quia toties à dictis patronis figuratum in actis reperitur, & egregie postremo fol. 243. depictum à colendissimo Collega in suo elegantissimo suffragio, ubi ex doctrina recepta Bart. in Lilla institutio 32. num. 3 ff. de bæredib. inst. pro constanti affirmat verbum relinquimus adjectum universitati bonorum denotare institutionem, ex text. in L. Divus Trajanus 24 ff. de testam. militis, L. cogi 16 ff. ad Trebell. Bald. & Salicet. in L. fin. Cod. famili ericund. modo tamen hoc fiat in testamento solemni, nam si in codicillis, aut in alia dispositione, in qua directa institutio fieri non possit, importate fideicommissum, dict. L. cogi Bald. in L. & in epistola ad fin. Cod. de fideicommiss. Si vero certa rei, vel quantitati adjicetur istud verbum, relinquimus, legatum significare, juxta text. in Autb. ut cum de appellat. cognosc. aliquid quoque collat. 8 Jak. in autb. novissima num. 9. Cod. de inoffic. testam. Cum ergo Domina Elisabetha in suo tolemni testamento, de quo fol. 37. certæ rei, vel quantitati, hoc est tertiae, suæ tertiae quam tenebatur adjungere majoratui ad illius augmentum expresa instituentis voluntate, verbum illud, relinquimus, adjicere non ambigitur, legatum consistere juxta receptam Bartoli doctrinam, de qua supra.

Sed maxime adversantur prædictæ Bartoli doctrinæ sacratissima Imperatoris Sanctio in §. ex contrario in illis verbis, ibi: Si debitor creditori suo, quem debet, legaverit, inntile est legatum. Inst. de legat. & Pauli decisio in specie text. in L. legavit 25. §. fin. in illis verbis, ibi: Quod si centum aureos, quos se debet dixit, legaverit, si quidem debet inntile est legatum ff. de liberat. legat. quæ jura expresse loquuntur in terminis, quibus degimus, nam Domina Elisabetha debitrix

proponitur maioratu*da Landeira*, eidemque legavit, quod debere se confitebatur, ut patet ex ipsius testamento fol. 27. ibi: *Deixo ao morgado de Landeira aquella parte de bens, que se achar, que lhe devo de deixar, conforme ao compromisso, que primeiro se verá.* In qua quidem specie, cum legatum inutile sit, consequenter recte sequitur non bene receptam esse *Bartoli* doctrinam contra definitionem legati in *L. legatum* 36. ff. de legat. 2. §. 1. inst. eod tit. de legat. *Pich. in dict. §. 1. num. 12.* & ibi *Anton. Peref. num. 1.* insignis primarius *Veiga in L. fin autem 29. ff. de legat. 1.*

577 Verum enim vero facile intelligemus *Bartoli* doctrinam recte procedere, si rite attendamus, quod non generaliter, nec absolute *Justinianus in dict. §. ex contrario constituit* & *I. C. in dict. L. legavi §. fin.* decidit, inutile esse legatum, quando debitor creditori suo, quod debet, legavit, sed restrictive, & cum distinctione, ita ut sensus sit, tunc demum inutile esse, si nihil plus est in legato, quam in debito, quia nihil amplius per legatum creditor habet, ut ipse Imperator ibi declarat, & *Paulus in dict. §. fin.* ibi, nullam utilitatem video, & ibi, nulla utilitas est: ex quibus verbis manifeste convincitur, quod si aliquam utilitatem, sive aliquod commodum creditor ex legato reportaret, illud erit utile, ac proficuum, ut eleganter resolvit *Baldwin. in d. §. ex contrario num. 3.* *Donel. in L. Divortio num. 3. ff. de verbis.* primarius insignis *Anton. Laur.* qui plures refert ad *L. Titio centum num. mibi 40. ff. de condit.* & demonstr. alter primarius omni ævo memorandus *Rodericus Lopes à Veiga ad L. si creditori* 28. num. 66. ff. de legat. 1. & hujus rei plura in jure nostro reperiuntur exempla, unum tantum referam, quod optime adaptatur casui, quo deagimus, nempe responsum *Salvis. Juliani*, qui in eleganti specie, *text. in L. ji debitor* 11. his affatur verbis, quoties debitor creditori suo legaret, ita inutile esse legatum, si nihil interset creditoris ex testamento potius agere, quam ex pristina obligatione. ff. de liberat legat. quem explicat doctissimus *Jacob. Cujac. lib. 36. forum.* *Salvis. Juliani:* ac proinde *Baldwin. ubi supra num. 6.* inquit, quod non est facile proponere exemplum, ubi non plus sit in legato, quam in debito. Igitur cum plus interficit postoris maioratus ex debitricis testamento potius agere, quam ex pristina obligatione, procul dubio manet bene receptam esse *Bartoli* doctrinam.

758 Ex dictis jam appetit inter alias asticnes, quæ ex legato proveniunt, hypothecariam etiam maioratu*competere*, id est illius successor, ex *text. in L. i. Cod. com. de legat. §.*

nostra antem Inst. eod tit. de legat. ubi communiter scribentes, & hanc actionem pete Actorem intendere, non tamen adversus debitricis haereditatem, ut tenet *Moscard. ac probat conclus. 359 num. 1. suis d. decis. 285. n. 2.* *Merum contr. centur. 1. cap. 85. n. 7.* *Iugo. concl. 639. num. 5.* Verum etiam advenit Reum tertium possessorum pro villa, qua deagitur, ut per *Menoch. conj. 51. num. 5.* *Merlin. lib. 3. q. 14 num. 17.* *Fujar conj. 52. à num. 19.* qui alios cumulat, praecipue cum Domina Elisabetha in suo testamento obligationem solvendi tertiam, suæ tertiae, cui le abstractam agnoscet, constitueret super omnibus bonis, quæ mortis tempore possidebat, liquet ex verbis disponentis dict. fol. 27. quæ quidem important specialem, & exprellam hypothecam rerum ibi expressarum, & generalē, ac tacitam ceterorum, ut per *Amot. conj. 68. num. 11.* *Augu. fl. Barbo. de dictiōibus usū frequentibus dict. 394. à num. 1.* praecipue num. 6. primarius *Veiga* qui plures citat in §. omnium num. 31. inst. de actione & hec ideo, quia illa dictio, de qua debitrix utitur ibi, *Do resto da minha fazenda*, hoc est, de bonis meis, denotat causam proximam, & immediatam legandi, *Mont. de conjectur. ult. vol. lib. 11 tit. 12 num. 17.* *Menoch. ac præsumpt. lib. 4 præsumpt 81. n. 13.* & cum de legatis agitur, dictio, de pro dictione super uturpatur, *Puteus decis. 39 num. 1.* *Boer. decis. 44. numer. 29. Angust. Barbo. de dict. dict. 76. n. 16.*

Quæ in causa sunt, ut nunc Actor adversus R. hypothecaria, quam eius pater antea intentaverat, ut demonstrat libelli conclusio fol. 2. & illam reddere inanem R. opposita præscriptionis exceptione cernitur fol. 184. confirmata illius sententia in nostro Senatu, quam exceptionem *Prætor Curialis metu* retissimus probatam judicavit. neque impedimentorum remedium aliquid evincere potuit fol. 223. vers. Quare revisionis beneficio implorato, à exceptio præscriptionis prævalere debeat? nunc queritur: & de hoc ad nos dicendi munus expectat, ut ita Senatus sententia suo robore permaneat, an annulletur.

Jus exceptionis peremptoriæ fundat *Reus* in temporis decursu, ob quam non tamen præscriptionem decem, vel viginti annorum, ut requirit nostra *L. Regia lib. 4. tit. 3. §. 1.* Imo potius quadraginta cum titulo, & bona fide, quæ æquipollit immemoriali, probat, tam per scripturam fol. 144. quam etiam per testes fol. 168. & illa se securum putabat, numerando tam en tempus à die emptionis vilæ, prout prima facie deducitur ex verbis nostræ Regiae Legis in dict. §. 1. vers. *Os quæs des amos, e vinte se contará do primeiro dia,*

dia, &c. ut resolvuntur *Aymon. cons. 263. col. fin. in princ. Pinel.* qui priores adducit in actu. *Nisi triennale n. 48. Cod. de bon. matern. infusus Barb. ad leg. sicut 3. Coa. de præscript. trivint. vel quadragint. annos.*

Attamen salva pace tantorum virorum plus mihi arridet sententia doctissimi *Gam. decis. 21. num. 5. & decis. 99. n. etiam 5.* qui tempus ad præscribendum necessarium resolvit numerandum esse non à die, quo ereditor agere potuit advertus ipsum emptorem tertium possesorem; quam opinionem tamquam juris veritati conformem, & magis generaliam probant *Alex. cons. 58. num. 9. lib. 5. Affl. decis. 39. num. 7. Cossan. in consuetud. Burg. rubr. 11. §. 2. num. 36. Molim. de just. disput. 96. col. fin. Crot. in L. si is qui n. 207. ff. de usucap. Parlador. rer. quotid. lib. 1. cap. 1. §. 16. in fin. Azeved. L. 6. tit. 15. lib. 4. Ordin. num. 69.* Quia de jure communii ante principalis debitoris excusione, tertium possesorem convenire non posse creditorem vita, *Aut b. hoc si debitor C. d. de pignor. Lara de capellan. lib. 1. cap. 8. à num. 1. primarius Veiga in dict. § omittum num. 32. inst. de act.* Sic intelligens Legem Regiam desumptam ex dict. *Aut b. in princ. dict. tit. 3. ubi in finalibus verbis legitur, demandando possum o credor primeiro o seu devedor:* quod verbum, porém, continet decretum irritans, ita ut nullo alio modo agere possit creditor adversus tertium, nisi prius principali excuso, ejus fidejuslorem, seu hærede, ergo contra creditorum litigantem imperante lege nulla præscriptio currere potest, siquidem impeditus legitimate est, & contra impedimentum non currit te nups juxta vulgaria, & ideo *Menoch. dict. cons. 51. num. 5.* dicet, quod legatarius non agit adversus tertium ad bona obligata non excuso hærede, eo maxime, quia cum hoc impedimentum juris sit, in potestate creditoris non fuit illud removere, bonus de jure text. in L quibus diebus ff de condit. & demonstrat, ergo statim impedimento à jure in situ judicem adeundo, illud adinovere non potuit creditor, sive Actor, cum ab anno 1606. usque ad 81. in quo die 16. Martii ejus pater actionem proposuit adversus R. antecessores, prædicti Actoris hujusmodi majoratus successores perpetuo litibus occupati impedirentur, ut satis constat ex hoc processu, & ex doctis patrum deliberationibus. Igitur intellecta Lege nostra Regia in dict. § 1. vers. Os quaes dez annos per eandem legem, de qua in principio dict. tit. 3. nam leges legibus conciliari debent, ad ulteriora procedere videntur doctissimi Senatores judicando præscriptionem Rei perfectam ad expullen-

dam Actoris actionem, & consequenter exceptionem probatam, cum prius cuncti debuerat, quam ob rem eorum sententiam revisionis dignam judico. Ulyssipone 25. Januarii 1658. Joseph de Matos da Veiga.

Sed his non obstantibus lata fuit sententia sequens. 582

Acordaõ em Relaçao, &c. Vistos estes autos petição do supplicante, prezado do dito Senhor porque manou e ever o feito appenso declarão na dita petição. Não he aggravado o supplicante pelos Desembargadores dos agravos, cumprase sua sentença por seus fundamentos. E condenão ao supplicante nas custas dos autos. Lisboa 31. de Março de 1662. Teixeira. Pinheiro. Bacellar. Pinheiro de Brito. Dotta. Privado. Fonseca.

Sed quando competit actio successoris maioratus, debet agere personaliter, aut per procuratorem, & non cum cautione de rato: & si pertineat ad mulierem uxoratam, tenetur maritus ostendere mandatum procuratorum speciale ad agendum, & non sufficit procuratio sua: nec ejus consanguineus admittitur cum cautione de rato ad agendum super successionem maioratus, ut judicatum fuit in causa D. Franciso Mafcarenhas cum Nonio de Mendoça, & Albuquerque, apud Notarium Manoel Rodrigues de Moraes, in Judicio Praetoris Curialis.

Et debet agere, & actionem proponere consanguineus proximior, aut co-renuente, & renunciante, aut cedente, sequens in gradu, cui competit reivindicationis actio pro consequendis rebus maioratus alienatis ab ultimo possesore, non obstante allegatione revocationis, & præscriptionis propositæ ab extraneo, ut iudicatum fuit in causa seq.

No feito de Antonio de Lemos contra a Priora, e mais Religiosas do Mosteiro de Nossa Senhora do Paraizo da Cidade de Evora, Escrivão Manoel de Goes Pinheiro, se deu a sentença seguinte.

Acordaõ os do Desembargo, &c. Não he bem julgado pelo Juiz em absolver as RR. do pedido pela A. revogando sua sentença, vistos os autos, e papeis, que nesta instancia se oferecerão. Mostrase Fernão de Melquita no anno de 1501. fazer instituição de dous morgados iguaes para dous filhos q tinha então naturaes, Álvaro de Mesquita, e Diogo de Mesquita, unindolhe, e vincindolhe nelles as herdades da Soverreira, Valdobre, Perdigão, e outras muitas propriedades, com expressa prohibição de alheação, e por conservação da familia, chamando a cada um dos díos seus filhos á sucessão, e administração da metade dos díos bens, que assim vinculou

em cada hum dos morgados, mandando que por morte de cada hum dos ditos seus filhos, lhe sucede esse o filho macho mais velho que de cada hum delles ficasse, e em defeito do filho macho a filha té o ter. Mostrase mais os bens de que se trata, serem do morgado, em que sucede o, e de que foy administrador Diogo de Mesquita, o qual morreuo sem filhos, nem descendentes, e assim se devolveo a sucessão aos parentes mais chegados, que saõ os descendentes do outro irmão Alvaro de Mesquita, cuja neta he a A. filha de seu filho Francisco de Mesquita, e assim bisneta direita do instituidor, e filha de hum sobrinho direito de Diogo de Mesquita, e naõ ha de presente parente algum mais chegado em grao, que ella, e possa que ha hum macho em igual grao, que he o que sucede no outro morgado de Alvaro de Mesquita, sobrinho da A. filha de seu irmão, esse naõ quiz, nem quer tirar, e repetir estes fazenda do morgado, antes renunciou, e dimisio do si todo o direito, que para isso lhe pudesse competir, e tirado elle do meyo, que era só o que podia deitar da aução a A. lhe ficou competindo a ella, conforme a Direito, para poder suceder, e repetir os bens do morgado alheados em poder de pessoas, que naõ saõ descendentes do instituidor, nem parentes mais chegados em grao ao ultimo possuidor, e do sangue. O que tudo assim visto, com o mais dos autos, e como as RR. e seu Convento naõ allegão, nem mostrão direito algum, pelo qual possa suceder neste morgado, nem reter os bens vinculados nelle, e as razoens de que se pretendea valer, querendo mostrar, que a instituição do morgado se revogara, e além disso, que tinha prescripto, naõ saõ bastantes, nem tales, que as desobriguem de largarem as ditas propriedades, assim porque se naõ mostra a tal revogação tacita, nē expressa, antes pelos autos se mostra o contrario, como por q̄ naõ provaõ os requisitos de Direito necessarios para se induzir prescripção nestes bens de morgado, tal, que prejudique, e possa prejudicar aos sucessores. Julgo que d. A. pertence o direito de repetir estes bens, visto o sobrinho, e possuidor do outro morgado (ainda que naõ houvera duvida alguma sobre os poder unir, e possuir ambos, como ha, e naõ está determinada) declarar, que naõ queria repetir estes bens, nem tratar disso, antes se algue direito para isso tinha, o renunciava na A. E mandaõ, que as RR. lhos larguem, e restituam com os frutos da lide contestada em diante. E paguem as custas destes autos, em que os cbdeuaõ. Lisboa 17. de Janeiro de 1617. Fonseca. Miguel de Barreira. Diogo de Brito.

Hæc sententia fuit fundata in sequentibus deliberationibus.

Ne deterreat magnitudo processus, brevi calamo exponam. Quod mihi necessario visum fuit pro illius, & causæ hujutmodi expeditione, & pro inquirenda Judicis sententia, a qua ad nos appellatum extat fol. 343. in fin. & vers. intendit A. in suo libello fol. 10. sibi restitu bona, de quibus ibi fit mentione, & in quibus dicit se habere dominium tanquam proximiorem consanguineam ratione maioratus, & vinculi ejusdem, quo contendit esse affecta, idque contra R. Monasterium scilicet, quod possidetur eorundem bonorum assistere, est in confessio: post libellum oblatum oblata fuit á R. exceptio declinatoria, seu incompetentiæ, & sic habita delatio usque ad fol. 86. ubi finita causa exceptionis, seu incompetentiæ, contrarietas, seu depulsio à Monasterio offertur. Deinde omissionis intermediis, quæ ad rem non faciunt, oblata fuit replica per A. fol. 215. sicut & treplica per R. Monasterium fol. 226. In summa, Monasterium se defendit duabus mediis. Primo, quod bona prædicta libera sunt habenda, non vero vinculo maioratus affecta, seu obnoxia. Secundo, quod etiam si originaliter talia sint habenda, attamen ex post facto talia esse dicierunt, tum ex eo quia institutor Ferdinandus de Mesquita post institutionem factam matrimenium contraxit cum Agneta Gensalves, à q̄ a ante dictum matrimonium duos haberat filios, quos prodidit partē in d. maioratu, & bonis prædictis nominaverat, nempe Alvarum, & Jacobum de Mesquita, unde per tale matrimonium, & legitimitatē filiorum supervenientem indisolutum debet considerari maioratus vinculum; ac etiam quia per testamentum postea factum, & codicillum etiam supervenientem eandem institutionem recaverat. Ac tandem ex eo, quia his omnibus deficientibus, vel etiam si deficiat, tempus diversum, quo Monasterium cum titulo, & bona fide possidet, sufficiens est ad præscriptionem inducendam, maxime inter praesentes.

Judex in d. sententia absolvit Monasterium, eo potissimum fundamento, quod de maioratus institutione non constat, quia instrumentum oblatum dicit esse exemplum & transumptum ab originali, & ut tale non probat per jura vulgaria. Hæc sunt, quæ in facto constant ex actis in summa, quæ præter meum morem exposui fideliter promienduo sequentis Domini labore.

Quod vero ad ius attinet; primo censeo, citra dubium, institutionem, ad quam pertinet.

ment bona, de quibus agitur, vere, & proprie
majoratum dicendum, cum ita denominetur
ab instituente sub clausula de non alienando,
& vocationibus perpetuis, quibus concipitur,
ut videre est fol. 6. junctis late traditis per
*Molin. de primog. lib. 1. cap. 4. num. 13. cum
seqq. late Gam. dec. 224. Castill. controv.
quot. lib. 2. cap. 22. à num. 20. cum seqq.* De-
inde in ea sum sententia, quod institutio præ-
dicta non ultimæ voluntatis, sed contractus
existat inter vivos; hoc enim importat ver-
bum illud, instrumentum, & quod fuerit
duobus testibus subscriptum; instrumenti
enim verbum magis sonat in contraetum in-
ter vivos, *argum. tit. de fide instrum. de in-
strumentorum fide, & cautella*, qui sunt titu-
li distincti ab aliis de testamentis, & de codi-
ciliis juncta *L. si idem Cod. de codicil.* insu-
per duorum testium solemnitas aliena est à
testamenti factione, & tandem quia in dubio
semper actus debet interpretari in firmo-
rem, & utiliore eausum, *argum. L. 3. ubi
DD. ff. de testam. milit. L. Tutor § que de tu-
torib. ff. de excusat. tutor. L. cum pater ff. de
jure dot. Cap. nisi essent de præbend. junctis
in idem traditis per Gregor. Lop. L 6 tit. 11.
alias 2. part. 6. verbo, que no la pudisse ven-
der, col. 2. ubi plura adducit. Nec mentio
mortis, in quam institutor videtur conferre,
dispositionem illam meo judicio revocabile
facit, extant enim verba in eadem institutio-
ne hoc denotantia fol. 6. ubi notavi sub hoc
signo, ibi: *Com condiçao. que em dias de
sua vida delle dito Fernão de Mesquita, e da
dita Ines Gonsalves, māy dos ditos seus filhos,
elles ambos, e cada hum por si lograssem, e
possuisssem os ditos bens, e que por seus fina-
mentos ficasssem livremente aos ditos seus fi-
lhos.* Et iterum paulo infra ibi: *Disse, e ou-
torgou, que por seu finamento, e da dita Ma-
ria Gonsalves renunciava, & quitava de si
todo o direito, posse, e senhorio.* Quibus ver-
bis videtur dispositionem ipsam, & substanciam
ejusdem in tempus mortis conferri, aut
sic inferamus potuisse institutorem, dum vi-
veret, eandem institutionem revocare, *ar-
gum. L. 4 ff. de adimend. legat. L. Regie lib.
4 tit. 27 in princip. junctis magis in specie
notatis ad L. post mortem Cod. de fideicom.*
Censeo enim dicta verba: *Com condiçao, que
em sua vida lograssem, e possuisssem os ditos
bens: ulumfructum importare in persona in-
stituentis, dum viveret; nam ultra quam quo
ita verba sonant, in dubio semper proprietas
relieta censetur filiis institutis, seu donata
cum onere restituendi, non vero ususfrui-
ctus, quem sibi institutum retinuisse censem-
tur, argum. L. Titia §. Titia cum testam. ff. de**

leg. 2. L. filios hæredes ff. de usufruct. legat.
Cætera autem verba cum ad augmentum, &
ita ampliative apponantur, non mutant sub-
stantiam rei per jura vulgaria in L. legata
inutiliter ff. de adimend. legat. & sic magis ad
executionem dispositionis, quæ sola in tem-
pus mortis collata censetur, quam ad sub-
stantiam spectant, & ideo irrevocabilis dispo-
sitio perseverat etiam inter vivos, ex *Gam.
dec. 163. num. 2. Barb. L. 1. 4. p. num. 95. ff. so-
lut. matr.* Sic fit, licet daretur postea revoca-
tio testamento, vel codicillo facta, de hoc
non sit curandum.

Unde solum remanet inquirere, an instru- 519
mento prædicto institutionis plena sit adhi-
benda fides, & præscriptio, quæ allegatur, po-
tens ad enervandam intentionem A. & sane
quod primum attinet viso instrumento fol.
358. oblato in hac instantia, & habet se pro
originali ultra aliud in prima oblata fol. 6. ca-
sum legitime de institutione constare, juctis
notatis circa hoc per Advocatum fol. 348.

Quod vero attinet ad secundum supposita 520
communi sententia, quod præscriptio im-
memorialis requiritur, & sufficit, ut indistin-
cte tam contra possessorem, quam contra fu-
turos successores præscriptio obtineat, ut
per *Xuar. alleg. 3. p. 3. Aflict. in cap. Impe-
rial. 24. de prohibita feudi alienat. ultra
Gregor. Lop.* & alios adductos per *Molin. de
primog. lib. 4. cap. 10. num. ultim.* Illud est du-
biæ quæstionis an similiter sufficiat 40. an-
norum cum titulo, quām immemoriali æqui-
parari, videntur probare jura passim in id ad-
duci solita in *cap. 1. de præscript. lib. 6. & in
cap. cum persona vers. quod si tales de privi-
leg. lib. 6. de quo licet in diversa specie Mol-
lin. lib. 2. cap. 6 numer. 31. Tiraquel. de primo-
gen. q. 30. num. 8. Gam. decif. 218. iate disle-
runt. Mihi vero in præsenti quæstione, ubi
substâlia in eo est posita, an præscriptio con-
tra possesse (quam non est dubium cur-
rere longissimi temporis concurrentibus ne-
cessariis) noceat successoribus, sēper visa est
illa verior opinio, quæ habet non sufficere
40. annorum cum titulo, licet immemorialis
sufficiat quasi æquiparatio inter unam, &
aliam, quoad hanc speciem non sufficiat, in-
terim tamen in alio periclitatur jus A. si vi-
delicet à tempore obitus ultimi successoris, à
quo præcedebatur, effluxerit tempus illud
longissimum, quod concurrentibus necessa-
riis, diximus adversus possesse sufficere;
tunc enim ex egregia limitatione, & optima
ratione fundata, & adducta per *Molin. d. cap.
10. num. 3. & 6 ubi multos citat, succumbat
A. & est ea optima ratio pro hac parte, nam à
die, quod cedit jus successoris, & ipse defertur,
jam**

jam incipit adversus eum currere, qui cum possit, poterat agere, & prescriptionem interrompere, & sic à cellante ratione præscriptio, quæ antea in vita prædecessoris ipsi non nocuerat, nunc demum nocere incipit, ut egregie firmat Molin. d. loco n. 7. quinimo data expresa alienationisprohibitione, prout datur in presenti, non solum currit præscriptio adversus proximiorem agnatum possidentem, sed etiam adversus ulteriores viventes, quia etiam si præcedantur à proximiiori, possent tamen ipso negligente agere, argum. Legis peto §. fratriff. de legat. 2. optime, & accutissime ampliando firmat Molin. d. loco, & num. 7. Ex quibus viso 10. contrarietatis articulo fol. 88. vers. & probatione ejusdem, non possum me cogente justitia inclinare in confirmationem sententiæ; & sic cessant alia, quæ de supervenientia legitimatis liberorum primitus institutorum dici possent, an scilicet per illam revocaretur præcedens donatio, & institutio; nec miretur quis, me in deliberatione hac plus justo dilatasle, fateor namque ingenue, ad requirendam A. justitiam (quia hoc viduitatis, & miserationis ratio magis postulabat) mentem omnem adhibuisse, & cum me justitiae necessitas licet dubium in hac partem inclinare coegerit, sub cuius singulari censura omnia pono, ut si velit super meritis hujus processus, & justitiæ deliberemus, tam is, quam sequens Dominus tertio loco dicturus, hoc vero non, ut necessitas collationis detur, nec enim hæc mea est mens, sed ut si velint, conferamus. Ulyssipone 16. Junii 1616. Britto.

591 Dominus præcedens multis, & bene in favorem Actricis adducit, sed postea duobus fundamentis, palinodiam, ut dicunt, recantando, sententiam mutavit: quare ego, qui ejusdem Actricis meliorem esse causam putatem, ultra ab eo adducta, quæ mihi satis applaudent, aliqua per stringam, quæ potiora duxi, & tandem ductis fundamentis responderem conabor.

592 Et primo loco illud advertendum duxi, quod scilicet ultra alias Judex in sua sententia justitia carere decrevit, quod non constet intervenisse acceptatione primo vocatorum in constitutione maioratus, de quo agitur: quod quidem fundamentum ex eo tollitur, quod etiam si verum esset, quod ex parte corum illa non daretur, intervenit tamen ex parte patris donantis, & maioratum constituentis, qui non solum in favorem illorum, sed etiam sequentium successorum donationem fecit, quod sufficit, ut illis etiam absentibus nulla interveniente stipulatione prodeste

possit, juxta ea quæ tradit Peregrin. de s. decomm. art. 1. numer. 16. & art. 51. numer. 16.

Secundo, quod supposito, quod dubium sit non leve an per legitimationem de filio naturali præcedens donatio revocetur juxta dispositionem L. si unquam Cod. de revocand. donat. & non defuerint plures, qui negativam partem tenuerint, ne donatario præjudicium fiat, attamen in legitimis per subsequens matrimonium est recepta sententia legi illi locum fore, ex his quæ Ripa ibidem q. 32. & Tiraquel. in verbo suscepit liberum. 71. Et sic quod etiam si concedamus maioratus hujus institutorem post illius electionem cum concubina primo vocatorum matre legitime matrimonium contraxisse, quod non constat, & ob hanc rationem donationem antea factam de bonis ad maioratum pertinentibus revocata fuisse, quod erat dubium, quod præcedens Dominus discussiendum putabat, cum tamen iidem primo vocati simpliciter, & absque ulla potestatione in illius possessionem uterque fē injecerit, jam sibi præjudicarunt. Rursum est, quod etiam si verum sit, quod pater in legitima filiorum gravamen aliquod imponere non possit, ex L. quoniam in prioribus Cod. inof. testam. Et tamen si filius per mortem patris legitimā acceptavit expresse gravamini consentiendo, semper legitima onerata manet, & jam amplius filius gravamen illud rejicere non potest, tum ex L. 1. § & generaliter, & ibi DD. ff. legat. præstand. tum ex eo, quod juri de præsenti sibi delato unusquisque potest renuntiare, ex L. si quis in conscribendo Cod. pact. & sic qui primo vocati vinculo maioratus consensum expressum præstando, jam modo de illo conqueri non possunt, quod vero expresse consenserint, ex eo, fundamento probatur, quia ex temporis diuturnitate omnia præsumuntur solemniter acta, ex his quæ Gam. decis. 48. num. 2. & decis. 83. & decis. 343. numer. 2. Cevalb. commun. contr. comm. q. 25. Mascard. de probat. lib. 2. concl. 1322. Et sit tacitus consensus resultans ex simplici apprehensione possessionis maioratus, & per multum tempus continuata roboratus cum dicta diuturnitate expressum consensum operatus est, ex his quæ post Gam. & alios resolvit Barbos. in L. 2. §. fin. n. 30. ff. solut. matrim.

Tertio, quod mortis mentio, de qua in scriptura maioratus in hoc instantia oblata, cum fuerit opposita causa dilationis in verba executivis, sive executionem importantibus, & non substantiam donationis concernentibus donationem inter vivos, & non causa mortis

mortis importat, & similiter quod quoties fit
mentio mortis, non ut mors sit occasio dona-
tionis, sed signatio temporis prout hic con-
tigit, cum defunctus primus institutor dicat,
quod donat maioratum post mortem suam,
& suæ concubinæ, etiam hoc casu donatio
inter vivos irrevocabilis retulat ex §. post
mortem instit. in utilibus stipulat L. nam & si
tum moriar ff. cond. indebit tradit plura ex-
pla referen 10, ac multos citando Matienç.
in L. 7. tit. 10. gloss. 2. n. 5.

Quarto, quod etiam si Molin. de primog.
lib. 2. cap 6. num. 52 quadragenariam præ-
scriptionem cum titulo immemoriali æquipa-
randam ducat, ejus tamen opinio intelligen-
da est, quando titulus habitus fuerit ab illo,
qui potuit privilegium concedere, vel cum
alicuius solemnitatis defectu dispensare, vel
de rebus suis disponere, quod clare colligi-
tur, & apparet exemplis, de quibus d. numer.
52 & seqq. & juribus quæ adducit. Non ve-
ro quando titulus habitus est ab eo, qui nec
privilegium condere, neque cum alicuius
solemnitatis defectu disp̄sare potest, neque
de re aliena disponere, prout erat primo vo-
catus Didacus de Mesquita, unde extra illos
casus remanemus in cōmuni opinione, quod
bona maioratus adversus omnes possessores
soluni tempore immemoriali præscribun-
tur.

His sic animadversis superest modo, ut ad
illa duo fundamenta, in quibus jus Aëtricis
periclitari existimat, responsionem conemur
adaptare; & quidem primum, quod scilicet
videndum sit, utrum à die, quo jus Aëtrici
cessit, tantum tempus transferit, quod est suf-
ficiens ad contra illam præscribendum bona,
de quibus agitur, facili negotio tollitur, cum
ipsa per totam suam inquisitionem à decem
annis patrem suum, fratrem, & sororem na-
tu minores è vivis migrasse ostendat, & quod
vero ad secundum paulisper morabimur.

Fundat se dictus Dominus in opinione il-
la Molin. de priuog lib. 4 cap. 10. num. 7 & 8.
quam etiam tenent Albert. Brun. conf. 67. Ro-
land. conf. 3. num. 91. lib. 1. Guter. qui alios
refert practicar lib. 5. q. 62. num. 11. & seqq.
cui quidem opinioni dupliciter responderi
potest. Et primo quod ratio, qua idem Mo-
lin. & alii sequaces ad dictam opinionem te-
nendam monetur, non concludit, quando se-
quentes, ut in nostro casu, erant filiifamilias
præcedentium, nam prædictis imputari non
potest, quod non fuerunt usi remedio revo-
cationis contra patrem, & hanc responsio-
nem post Bald tenet Jason. conf. 7. ad fin. lib.
3. & conf. 118. num. 4. & conf. 136. num. 6. lib.
4. Cacheran. decij. Pedamont. 69. num. 14.

Secundo, quod eadem Molinæ, & aliorum
ratio procedit quando facile impedimentum
tolli potest, ex L. qui cum natu maior §. 1 ff.
bonis liberior. in specie Pinel. in authent. nisi
triennale num. 45. ad fin. Cod. bon. matern. &
tamen non debet reputari facile, quod uten-
do prædicto remedio, tam contra pactum,
quam alios præcedentes, tolli possit impedi-
mentum, nam cum duæ sint movendæ lites,
prima ut p̄tæcedenti in gradu assigeetur ter-
minus, intra quem revocet, qui multas potest
allegare excutiones, ita ut ordinaria, & pro-
lixa lis sit prosequenda, ex L. 3. ff. ut legato-
rum, & fideicom. nomine caveatur, & sumptu-
sus, & molestiæ litis subeundæ sint, præser-
tim in personis pauperibus, prout A. & fra-
ter, & soror erant, L. miuoribus ff. minorib.
Item postea eslet subeunda nova lis cum eo,
in quo bona alienata fuerunt, qui acriter se
defenderet, & fructibus eorundem bonorum
litem prorogabit, quod quidem facile reputari
non debet propter multa, & gravissima
diffugia, & dispendiosas dilationes, quas à
communiter accidentibus lites secum tra-
hant, ut per Gloss. in cap. dispendia, & ibi
Hostiens. de rescript. in 6. gloss. in cap. dispend.
de jud. Tiraq. lib. 1. retract. §. 8. gloss. 7. n. 21.
Et his de causis, & quod sequentes non pos-
sent absque litibus, & sumptibus dicto revo-
cationis remedio uti, constitutum fuit præ-
scriptionem decursam non nocere sequenti-
bus contra primos tanquam impeditis de ju-
re agere, ut declarat Aymon. conf. 496. magni-
ficet à num. 144. lib. 3. Matienç. in L. 8. tit. 7.
lib. 5. gloss. 5. num. 25. juvat dispositio textus
in L. 3. ff. interdict. & relegat. Atque ideo ex
his, & aliis, de quibus per Aëtricis Advoca-
tum in prima instantia Judicis sententiam re-
vocarem, & parcat Dominus sequens, quod
tam langus fuerim, quia in re non parvi
momenti non potui brevius me expedire.
Ulyssipone 29. Julii 1616. Custodio de Fi-
gueiredo.

Non video quo pacto Aëtrici nostræ pos-
sit actio competere ad maioratum petéduum,
de quo agitur; actio namque directa, vel utilis,
ut est vulgare, non datur sine obligatio-
ne, quaæ mater est actionum, L. licet §. ea
obligatio ff. de procurat. unde valet argumē-
tum à partium numeratione, tibi non solum
obligatus ex contractu, vel quasi, neque ex
delicto, vel quasi, igitur contra me tibi actio
non competit, ita Feder. de Sens. conf. 218.
Domine Federice in princip. quare inquit, ne-
mo sine actione experitur, L. quoties §. qui
temporalis ff. administr. tutor. L. si pupilli §. vi-
deamus in fin. ff. de negot. gest.

Pater autem hujusmodi maioratus actionem competuisse Francisco de Mesquita Actricis patri, ut proximori patrui Didaco de Mesquita primo vocato ad partem maioratus, qui sine legitimis liberis discessit, ut fatetur Actrix fol. 10. nec de hoc facto dubitatur, & constat per obitum Francisci competituisse eandem actionem filio Ludovico de Mesquita Actricis fratri, qui supervixit, & per hujus mortem competere filio Joanni de Mesquita, qui adhuc vivit, ut factum etiam fateretur Actrix in 21. rep. art. fol. 221. cum testibus super eisdem deponentibus ab eadem productis. Nec Moniales possunt confessare, ut sine actione experiatur Actrix, quæ nunquam ipsius respectu nata est; docet Bartol. ad L. 2. num. 5. ff. de dote præleg. Quod autem posset Judex ex officio nemine petente, Actricem repellere à judicio sine actione agentem, tenet Jason. ad L. verbo pactum n. 11. Cod. de transact. referens Bart. in diversis locis, & num. 19. inquit Judicem teneri in syndicatu, si partem actione carentem non repellat, adducit multa Tiraquel ad L. si unquam verbo revertatur num. 345. Cod. reg. donat.

Quod vero per obitum sine liberis Didaci de Mesquita actio transiret in Franciscum, & ab hoc in filium Ludovicum patrem, & fratrem Actricis, constat à maioratus institutione fol. 358. vers. ibi: E que naõ havendo filhos varoens: & ibi: Até haverem filhos varoens. Juncta definitione maioratus, ut ea complectar quamplurimas allegationes traditas per Molin. de primog. lib. 10. cap. I. num. 22.

Unde non invenio, qua ratione prædicti Ludovici filio Joanni de Mesquita possit actio, & jus adimi (si quod est) quod sibi competere contendit Actrix, etenim non inconvenit, unam personam in unum, & alterum maioratum succedere, ut passim jura docent, & quotidie videmus, & expetimus, Actrix ergo, quæ duos hos maioratus, de quibus in d. institutione, asserit non posse venire ad unam, & eandem personam, probare tenetur concludenter, ex institutione, vel præsumpta aliquo nomine instituentis mente. Plane nihil minus ab institutione colligitur, in qua sequentia verba reperiuntur, ex quibus in Actricis favorem argui potest, ibi: Da qual houvera dous filhos homens, a saber Alvaro de Mesquita, e Diogo de Mesquita; e que olhando como eraõ homens, e que estavaõ para valer com o Rey, e que para tem com que o bajaõ de servir, como quem elles eraõ. Et ibi: E fazer delles morgado, como de feito fazia de boje para sempre, e que o

dito morgado ficasse aos ditos Alvaro de Mesquita, seus filhos, tanto a hum, como a outro, e que por seus falecimentos de cada hum, ficasse a seus filhos os mais velhos, e que assim fosse, e se fizesse para sempre, e que naõ havendo filhos varoens, e havendo filhas, que ficasse á filha mais velha de cada hum, as quaes houvessem o dito morgado até haverem filhos varoens. Et ibi: E que assim se fizesse para sempre. Arguunt igitur utriusque instantiae docti patroni pro maioratum divisione, nec in unam personam insimul venire possent, ex illo vulgari, ordinem scilicet, & formam succedendi datum in primis votatis repetita censeris in omnibus substitutis, & gradibus seqq. ex Molin. lib. 3. de primog. cap. 5. num. 56. Sed in primis votatis, vel in prima institutione divisio maioratus fuit facta in diversis personis, ut constat ex duabus filiis, ergo sic in substitutis, & gradibus sequentibus, & probatur, inquit consequentia, & minor. ex relatis institutionis verbis, ibi: E que assim fosse, e se fizesse para sempre. Verum hoc argumentum facilime diluitur, primo advertendo, quod prædicta verba referuntur solummodo ad alia præcedentia proxima, ibi: E que por seus fiamantes de cada hum ficasse a seus filhos. Quernadmodum etiam & alia verba ibi: E que assim se fizesse para sempre, referuntur in bono sensu ad proxima, ibi: E que naõ havendo filhos varoens. Er probatur aperte hæc restrictio in eadem institutione, ibi: E sendo caso, que falecêdo os ditos seus filhos antes de haverem filhos de filhos lidimos de mulher recebida, a que o dito morgado haja de ficar, que fiquem livremente a Brites de Mesquita sua filha, cō as condicōes susoditas. Quæ profecto sunt illæ, quæ includuntur in verbis à nobis ubi proxime ponderatis in favorem nostræ deliberationis, quod clare ostendit institutor, jubendo in eadem institutione, ut ad unam filiam devenirent unus, & alter maioratus, quod equidem non juberet, si divisionem voluisse, vel saltem in hoc puncto declararet, non esse intentionis suæ, ut maioratus jungeretur, nisi pro illa vice, vel alia simili, quod cum esset dignum speciali nota, quando non fuit expressum, omisso censem, ex Valaç. de emphyt. q. 18. n. 34. circa fin. & conf. 4 n. 2. ad fin. & conf. 14. n. 6.

Secundo respondetur, quod licet opinio illa, qua nititur argumentum in favorem repetitionis, sequuta sit à viris gravissimis, superior tamen sententia est in contrarium adversus repetitionem in terminis, de quibus Molin. ubi proxime, quæ sunt fortiores nostris ita communis ex Sucin. fun. conf. 100. num. 2. lib.

lib. 2. ex multis maximi nominiis interpretibus, quos refert, & sequitur Molin. d. n. 56. vers. sed quamvis, cum nonnullis limitationibus, de quibus à num. 57. ubi adducit notabilem doctrinam Joan. de Imol. dicentis nunquam præcedentia in sequentibus censeri repetita, quando agitur de reprobanda qualitate adversus dispositionem juris cōmunis, cuius dictum sequitur Bart. & alii ab eodem Molin. citati d. num. 57. Cum igitur repetita maioratus divisio non sit conformis juris communis regulis, secundum quas potest quis succedere in plures maioratus, ut supra tetigimus, non est procul dubio fæienda repetitio ipsius divisionis iu substitutionibus, & gradibus sequentibus, nec in eis supplenda, immo ex ejus facta expressione in primis vocatis censendum est maioratus institutorem divisionem omisisse, cum si id voluisset, expressisset, ut loquitur cum communi Molin. d. num. 56. d. lib. 3. Lisboa 17. de Agosto de 1616. Gonçalo de Sousa.

Fateor, & ingenue fateor nimis exoptasse Aetrici nobili, & non diviti viduae succurrere, & per decem dierum spatium, in quibus pene me habui hunc processum, anxias curas gesti: ceterum inevitabile fundamentum prælati præcedens dominus, quo illa à jure agendi exclusa, nequaquam obtinere potest, si enim aliquod jus competit ad revocanda bona alienata, quibus primo consentio, non ipsi solum subreptio Joanni de Mesquita filio defuncti fratri Ludovici de Mesquita cōpetit, cum ipse possessor sit partis maioratus, in quo per mortem parentis successit, & altera pars maioratus, de qua agitur, ad ipsum spectat, est enim gratis dictum, maioratum hunc ex voluntate instituentis ita fore divisum, ut in persona unius adjungi, & stare non possit, si possessor duos habeat filios; nam verbi institutionis fol. 358. ibi: *E o que assim fosse, e se fizesse para sempre: habent se sum, quem præstat præcedens dominus, ut scilicet ille ordo succedēdi inibi datus, per petuo observetur, & filii senioris junioribus præferantur, & masculi fæminis, non vero quando si possessor duos habeat filios, in ipsos dividatur, & multo minus si filium habeat, & filiam, cū fæminæ ad naturam maioratuū, & ex voluntate instituētis ad hunc, de quo agitur, non admittatur, nisi masculis deficientibus: quapropter cum deficientibus descendētibus patrui magni pars illius maioratus ad avum Aetricis (si venditus non fuisset) debuisset pertinere, & tamen in persona ipsius junctus manere debebat, quā ratione fieri potest, ut ipsi maioratus foret dividendus inter defunctum fratrem, & Aetricem; hoc*

ab omni jure alienum est, & quoad me punctus hic dubitatione caret.

Quo supposito nulla actio Aetrici competit ad bona, de quibus agitur, vendicanda, non habenti cessionem à filio fratri, cui jus competit (si vere competit) in specie *Cra-
vet. conf. 166. num. 14. late comprobat The-
saur. dec. 4. num. 8. ubi inquit in his terminis
non esse oppositionem de jure tertii, sed de
non jure agētis, & addit sufficere ex actis cō-
stare, licet de hoc non nominatim opponatur: ex quibus ab aliis liberamur difficultatibus, quæ in hoc processu vertuntur etiam gravissimæ, & urgentiores, cum priores duo domini in diversas scindatur sententias: quibus omisis ex supra posito fundamento Judicis sentētiā confirmo reservato jure sobrino Joanni de Mesquita filio defuncti fratri Aetricis. Ulyssipone 29. Augusti de 1616. Fonsequa.*

Rediit ad me processus hic, quia ad hoc ut 602 iterum deliberaturus forem post deliberationes præcedentium dominorum, & meliori censura examinaturus processum hunc ipsum, hocmet intendi, & verbis protuli ad calcē meæ deliberationis, & quod efficacius ad hoc me movet dubium, optimis fundamentis diluit secundus dominus, cui adhæreo, revocata ex hoc capite sentētiā inferioris Judicis, & mea deliberatione in melius reformata; & viso, & melius examinato processu prout in facto, & in jure consistit, quod vero attinet ad fundamentum duorum proximorum dominorum, quod scilicet A. careat actione, & ex eo capite veniat à nobis repellenda, etiam parte non petēte, nec de hoc opponente nempe jure fratri, durius mihi verbum videtur, licet enim quando hoc ex actis constat, Judex possit interponere suum officium etiam parte non petenti, de quo est *Gloss. cum qua in L. ubi pactum in vers. ter-
tio. cum qua transeunt. & est communis re-
solutio sic limitata regula L. 4. §. hoc autem
judicium ff. de dam. infēt.* Hoe tamen necessario debet intelligi, casu quo liquido, & notorie constat ex actis, non vero quando subdubio, quod pendet ex interpretatione maioratus, & institutionis ejusdem, & A. filia proponitur agnata ultimi possessoris, & separatio maioratus, ac divisio in prima votatione facta proponitur, quam præcedentes domini in persona A. & fratri, seu consobrini intellexere, & cum hoc dubium involvat, quod evidentiam saltem, & notorietatem juris excludit, non audeo ex hoc capite A. excludere, videat dominus sequens, qui suo maturo judicio, & satis cognita jurisprudentia quæstionem hanc terminabit. Ulyssipone

31. Augusti 1616. Miguel de Barreira.

Et huic opinioni assensiere sequentes Judices, in eodem deliberando.

603 Ab hac sententia petita fuit revisio, & concessa fuit, & fundata in sequentibus deliberationibus.

In facti serie partes convenient, qua supposita, & actis bene pensatis sententiam Judicis, de qua fol. 343. reprobarem, & Senatus sententiam, de qua fol. 401. justam dicere, & ex consequenti revisionem per Reum petitam denegarem ex sequentibus; quia attento jure hujus Regni Ord.lib.4. tit. 100. §. 2. ad illum pertinet maioratus, qui est de sanguine instituentis, & proximior ultimo posseffori, & idem de jure communi ex notatis per Soccin.conf.249.vol.2. Valasc. de jure emphyt. q.50.num.34. multos refert, & sequitur Gam. decis. 7. per totam; & constat nostram Aetricem esse de sanguine primi instituentis, nempe ipsius præneptorem, & filiam legitima Francisci de Mesquita, ad quem haec bona maioratus pertinebant, si alienata non fuissent, ac ita ad dicta Aetricem, & non ad Monasterium, quod extraneum est, maioratus pertinere debet.

604 Nec contra hoc facit, quod asserit Monasterium, nempe dictum instituentem, postea maioratum revocavisse, quia de hoc non constat.

605 Nec secundo facit pro dicto Monasterio præscriptio, qua se defendit, quare respondetur, quod attento jure, licet bona maioratus contra possidentes præscribi possint tempore 30. annorum, ad hoc tamen, ut haec præscriptio noceat successoribus, debet probari posseffio immemorialis, alias non sufficit quæcunque alia posseffio, Gam in L.40. Tauri num. 98. in fin. alias 90. Molin. de primo gen.lib.4.cap. 10. num. 10. Gama decis. 93. n. 3. Haec autem posseffio immemorialis non probatur in hoc processu, ergo talis præscriptio Monasterio prodesse non potest.

606 Nec obstat dicere, quod posseffio 40. annorum cum titulo æquiparatur posseffioni immemoriali, ut probatur ex text. in cap. cum persona §. quod si tales lib. 6. ubi Arch. & Joan. Andr. & scribentes cōmuniciter, Molin. ubi supr. lib. 2. cap. 6. num. 51. & in hoc processu probatur ex parte Rei posseffio 50. annor. ut asserunt testes fol. 293. & datur titulus, nempe donatio, de qua fol. 123. Quare respondetur primo illam doctrinam Doctrorum procedere solum, quando titulus habitus fuit ab illo, qui illum poterat cōcedere, nempe à Rege, vel à primo instituente, ut constat ex exemplis per supradictos Doctores relativis: hic autem titulus donationis talis non

est, sed habitus à quodam successore maioratus, qui futuris successoribus præjudicare non poterat.

Secundo respondetur cum bene notatis in deliberatione sapientissimi Doctoris Nunica Fonseca Cabral in fine suæ deliberationis fol. 399. Minus etiam nocet dicere nostram Aetricem non esse veram maioratus succellorem, sed quondam consobrinum Joannem de Mesquita, qui tamquam masculus Aetrici præcedit; quare respondetur, quod licet hoc valde dubium sit, yifa institutione maioratus constat tamen de cessione Aetrici facta, quæ cessio totum dubium tolit: nec obstat dicere, quod talis cessio facta, & præsentata fuit in judicio post conclusum in causa, quod esse non poterat: quare respondetur cum Ord.lib. 3. tit. 20. §. 30. nec obstat dicere, quod d. Ord. intelligenda solum est de allegatione juris, & non facti, ex doctrina Marant. de Ord jud 6.p. tit. de conclus. num. 2. Quare hoc repugnat verbis d. Ord. dum dicit, quod ratio de novo, quæ allegatur, debet habere ortum de novo, quare jus semper fuit ante conclusionem, ergo non de allegatione juris, sed facti debet intelligi, ac ita Senatus ultimam sententiam justam existimo, & idem circa fructus à tempore litis contestatae, & ideo revisionem denegarem. Ulyssipone 5. Julii 1619. Ribeiro.

Multa sane in proposita specie queruntur non parum dubia, quæ à sapientissimis Patribus ad naufragium fere expedita sunt; ideo non repeto. Illud autem non potuit non me multum movere, ut revisione dignam sententiam existinem, cum videam doctissimum Dominum Michaelem Barreira testimoniū in sua ultima deliberatione fol. 416. se viū fuisse quoad fructus, per omnes, ut non recuperetur articulus penultimus de illis agens, cum tamen aliorum vota duo tantum essent, qui in sententia signati sunt: & dominus D. Jacobus de Brito non signaverit, & alterius sententiae esset, ut fol. 415. ubi ejusdem materiæ articulos recipiebat cum aliis per eum expressis: & quidem tria vota necessaria erant, ut expediretur sententia; quod tamen per viam impedimentorum reparari etiam recte poterat, quando constat bonam materiam continere non obstante Ord.lib.3. tit. 88, in princip.

Deinde notorium est, quod si eo tempore, quo ferri deberet sententia mense Novembris, statim post deliberationem mente Octobris scriptam à DD. Michaeli Barreira fol. 381. illa prolata esset, sine dubio Rex à fructuum restitutio excusabuntur, cum per tria vota trium deliberationum eo tempore

pore decretum esset, ut sententia Judicis cōfirmaretur absolutis Reis, & ex defectu juris, ex A. repulsa, quasi sine actione ageret, dum à sobrino præcedebatur, L. si pupili §. videamus ff. negot. gest. qui nondum illi juris cessionem fecerat, idque maxima ratione, quare deslituta A. actione, & jure ad reivendicanda bona, non poterant Reæ malam fidem habere præsumi à lite contestata, à quo tempore veniente eo, qui agit, præsumpta mala fides induci solet, ad hoc ut propter eā fructus debeantur.

Unde cesso postea jure à dicto sobrino, videtur non potuisse eam malam fidem induci, & præsumi à tempore litis contestata, ut ab eo fructus à Reis deberentur, cum ab eo tempore sobrinus A. non ageret, & si à tempore quo cessit jus, item inchoaret, ab eo tātum fructus lucrari potuisset, id est à lite contestata, quæ tunc contestanda erat non ab anno 610. quo causa ista ab A. incepta fuit, maxime cum RR. non tantum illa bona fide usque ad tempus cessionis juris, sed etiam titulo juvarentur, quo casu fructus non restituuntur ante item, L. bonæ fidei ff. acquir. rerum domin. & quæ ibi notantur, & in L. fructus ff. de usur. & L. certum Cod. res jud. Pit autem dum condemnantur RR. in fructibus, ut sobrinus A. cesso illi jure non solum ad revocanda bona alienata jus transferre vindetur, sed etiam ad consequendos plures fructus, quam alias ei restituendi esent, si agere transstulisse apparent, & ita plus juris transferre, quam ipse habuerit, videatur, contra reg. L. nemo plus ff. reg. jur. reg. nemo de reg. jur. lib. 6.

Facit non contemnenda ratio, L. litigatorum Cod. fruct. & lit. expens. ibi: Ex eo tempore, ex quo re in judicium deducita scientiam malæ fidei possessoris accepit. Plane scientiam malæ fidei possessores non habuerunt RR. nisi post renuntiationem oblatam à sobrino A. factam, nam antea respectu ipsius A. illam non acceperat, imo tempore litis cum ea cōtestatione, & sequuta postea sententia si pronuntiaretur ante dictam renuntiationem, in bona fide erant, & bonæ fidei possessores iudicandæ & à petitis absolvendæ; nam malæ fidei possessor, quis præsumitur respectu A. cum ipso de jure suo docēte non dedit Reus, illo tamen jure apparente, & probato ex aliis, & postea approbato per sententiam, attamen licet jus, quod illo tempore inchoata litis babebat, non erat approbandum, nisi renuntiatio supradicta haberetur: igitur ab eo tempore inceptæ litis non debent Reæ malæ fidei possessores censi respectu A. juxta ea, quæ notantur in d. L. litigatorum vers. post

item contest. eod. petit. hæred. & ibi gloss. verbo post item.

Deinde fructus post dominium acquisitum reddūt domino rei, L. Herennius ff. usur. sed A. tempore litis contestata nondum dominium habuerat, quod post renuntiationem, & cessionem factam habere cæpit. Neque satis facit, quod facta dicta renuntiatione, & cessione juris à sobrino A. quasi nolente eo, qui proximior erat successor in judicio agere, & bona maioratus alienata revocare; recte A. admitti potest ad illa revocanda, ex Molin. de primogen. lib. 1. cap. 16. numer. 32. & lib. 4. cap. 1. num. 13. & cap. 10. numer. 7. Sufficeret quippe per voluntatem etiam collectam ex dicta renuntiatione, quod scilicet sobrinus A. nollet agere in judicio, ut A. admittatur in judicio ad agendum; nam illud per item contestatam ab A. deinde non est istius inspectionis, quam prosequor, tantum elidere admissionem A. ad agendum circa revocationem alienatorum post cessum jus sobrinus, & voluntatem illius revocare, quam ostendere ab illo tantum tempore cessi juris fructus, qui non nisi à lite contestata, & controversia mota debentur, deberi, quia ab eo tantum tempore jus, & sobrino renuntiante actio per A. exerceri potuit, & non antea, quæ dum ab eo præcedebatur, actione carebat, ut notatum extabat per tria vota gravissimorum Patrum.

Nec supradicta elidit ratio illa, quod sci- 613 licet propter illud jus Actrici superveniens renuntiatione facta à sobrino A. judicium subsistit & firmatum fuit, sententiaque ferri potuit, L. si rem §. fin. ff. pign. act. ubi notatur, & in L. non potest videri ff. jud. ubi Barbos. ex num. 14. & quæ Cabed. dec. 120. num. 11. quare non solet, quominus fructuum condemnationis à die, quo malæ fidei possessoris per scientiam ipsius præsumptio esse cæpit, fieri secundum debeat, & non antea, iuxta ea quæ notantur in d. L. 2. Cod. fruct. & lit. expens. cum similib. Nec videtur omittendum per conclusionem causæ viam probatiōnibus faciendis claudi, & non facile aperiendau. Ord. lib. 3. tit. 20. §. 30. quæ videtur non sine dubio procedere quoad propositum.

Ex quibus saltem quoad fructuum condemnationis à lite cōtestata factam, & non à tempore renuntiationis sobrini A. non mihi parum dubia videtur sententia, quam ideo revidendam dicerem, sèpissime enim casus similis occurret, & contingere poterit, & æquum est, ut iterum examen subeat, & certius quid sit, decernatur. Licet autem in principio dixerim, quod iterum impedimenta oslerri possent, non obstante d. Ord. d. tit. 88.

quare non videbatur res evicta invito D. Michaele Barrera, unde videri posset non esse casum revisioni, *L. in causæ ff. minor.* Attamen cum tandem ipse afferat per omnes ita conclusum finisse, ut rejiceretur d. articulus penultimus impedimentorum, & sententia ita lata appareat, videtur potius succurrendum esse Reis per hoc remedium, quod plenius est. Ulyssipone 19. Julii de 1620. Luis mendes Barreto.

615 Et hæc revisio pendet adhuc indecisa. De qua re vide quæ diximus n. 454. & Joseph. Vela dissert. 48. ubi etiam de successore maioratus ab aliquo de bonis, quæ ejus cum moreretur fuissent instituti, rem pro parte, quæ institutorem ex defuncti hereditate contingebat, vendicante à tertio ejus possessore causam habente à cohærede, qui illam alienavit, quasi sibi solam adjudicatam in bonorum partitione, de qua aliter, quam ex alienantis relatione non apparuit, an probata institutoris successionem in re illa simul cum herede alienante, iatis de jure suo doceat, & ex data, an temporis præscriptione excludatur? Ubi & de possessione anni, & diei. Et de maioratus institutione ex Regia facultate, facta, qualiter probetur; & de ejus erectione, & amissione, & de præscriptione in rebus maioratus, & de restitutione adversus eam, & in iudicio divisionis, & de iudicio possessorio, & tenuta maioretus, & de alienatione, & prohibitione illius, & quid in erectione maioratus importet repudiatio, & aditio, & à quibus possit, & debeat fieri, & quando divisio præsumatur facta, vel non ad maioratus erectionem.

616 Et competit successoris actio ad consequēda debita, quæ pertinent ad maioratum, ad hoc ut emantur bona stabilia in forma declarata in sententia seq.

No feito cível de Luis Gonsalves Coutinho contra Antonio Cavide, Escrivão João de Mattos Terra, no Juizo dos Feitos da Fazenda, se deo a sentença seguinte.

Acordaõ em Relaçao, &c. Vistos estes autos, libello do A. Luis Gonsalves Coutinho da Camera, a quem assiste o Procurador da Fazenda pelo Alvará, informaçao do R. Antonio Cavide prezo, dada em virtude do Acordaõ, e do despacho, contrariedade do R. replica, termo de Curador dado á fazenda do mesmo R. por falecer estando os autos nestes termos, em virtude do Acordaõ, o qual foy lançado da treplica, por a não offerecer, dando-selhe os termos da Ley, com que a causa se poe em dilação, e se juntou a inquirição do A. prova dada, appensos, e mais documentos juntos. Mostrase por parte do A. que o dito

Senhor fizera merce a Dom Gaõ Coutinho em anno de 1644. de duzentos, e cincoenta mil reis, os quaes se nomearaõ logo no rendimento dos bens de D. Joao Soares, dos quaes era administrador o dito Reo Antonio Cavide, e que por o mesmo Reo embargar a merce, resolvera o dito Senhor, que ella começaria a correr do principio do anno de 1652. ficando-lhe salvo o seu direito para os redditos do tempo, e origem da merce até o fim do anno de 1651. e que nestes deve ser condenado o Curador da fazenda do R. por haver sucedido no mesmo direito ao dito donatario, de quem be sobrinho. Por parte do R. e do Curador de sua fazenda, entre outras cousas, e razões se mostra, que caso negado, que for a devedor destes redditos, e não podia ser nunca o A. por não articular, nem provar que be herdeiro do dito seu tio, a quem só poderia pertencer essa auçaõ. O que tudo visto, e o mais dos autos, disposição de Direito em tal caso, e como por elles consta, que o A. não deduzio, nem provou o dito titulo hereditario, nem outro algum capaz de intentar a presente auçaõ. Absolvem o Curador da fazenda do R. defunto do pedido pelo A. em seu libello. E pague o dito A. as custas dos autos. Lisboa 23. de Dezembro de 1680. Vellez. Fonseca. Silva e Sousa. Fui presente Vanvessem.

Hæc sententia fuit impedita cum exceptionibus, super quibus fuit lata sententia lequens.

Acordaõ em Relaçao, &c. Julgaõ os embargos recebidos por provados, vistos os autos, e como por elics se mostra fol. 93. vers. que os instituidores dispuzeraõ, que o de que não dispuzesse fosse para o morgado, que instituirão, e como outrosim consta, que o embargante foy o primeiro chamado, e delle estia de posse, a elle pertence a auçaõ intentada. Pelo que revogao a sentença embargada, e condenaõ a embargada no pedido pelo A. no quarto artigo de seu libello, a qual quantia se depositar de em juizo, para se empregar em bens de raiz para o dito morgado na forma da instituição. E pague a embargada as custas dos autos. Lisboa 2. de Março de 1683. Vellez Silva, e Sousa. Rocha.

Et pro pecunia mutuata, & quæ pertinet ad maioratum, datur hypotheca pro illa consequenda, in forma declarata in sententia seq.

No feito de Dona Joanna Coutinho contra os herdeiros de Jorge Pires Delgado, Escrivão Manoel Gomes de Siqueira, se deo a sentença seguinte.

Vistos estes autos, libello da A. contrariedade do R. e reconvenção, escrituras juntas, provas dadas, e mais documentos. Mostrase pela

pela A. pertencerlhe a administraçāo da Capella, de cujos bens se trata, instituida por Brites de Freitas, com os embargos nella declarados, para o que obrigou cincoenta mil reis de juro, que se distratārāo, e se comprou com o procedimento desse distrato, bens de raiz, que rende fēm para a dita Capella, como foram humas casas na Rua Nova d'essa Cidade no Bento da Chamissa por 290U. e o resto, que montava quatrocentas e oito mil reis, se entregārāo com segurança para se empregarem para a dita Capella, a Miguel Rodrigues da Fonseca avô delle A. como administrador da dita Capella, e não achando o dito Miguel Rodrigues bens livres para avincular, obrigou, e hypotecou aos ditos 408U. a quinta da han-
da dalém, sita no Rocio da Mora, que possuia livre por dízimo a Deos, excepto humas vi-
nhas, que eraõ de prazo emfatiota, que vale-
riaõ por sua justa estimāçāo, trescentos, e
tantos mil reis, estando a maior parte da quin-
ta livre forra, e izenta, avaliada em tres mil
Cruzados, como consta da escritura de obri-
gaçāo, que se julgou por sentença no Juizo
das Capellas, que ainda está em seu vigor, cor-
roborada, e fortificada com as clausulas na
dita escritura insertas, e inalienaveis, a qual
quinta possue o R. por titulo de compra, e a
deve largar ao A. ou os quatrocentos, e oito
mil reis nella impostos. Por parte do R. se mos-
tra, que supposto a quinta, de que se trata no
libello, estivesse algum dia obrigada á quan-
tia dos ditos quatrocentos, e oito mil reis, esta
obrigaçāo tinha cessado pela sentença do Pro-
vedor das Capellas, em que desobrigou a quin-
ta á petição de Dona Custodia da Rocha viu-
vado Doutor Sebastião da Fonseca Barreto,
dandolhe liceença depois de procederem todas
as vistas, e repostas do Procurador das Ca-
pellas, para que se pudesse celebrar a escritu-
ra entre ella, e seu filho Duarte da Fonseca
Barreto, para que se subrogasse os quatro-
centos, e oito mil reis da hypoteca em humas
casas da Rua das Arcas, onde o dito seu filho
tinha tornas, e ficasssem annexadas, e subro-
gadas á dita Capella, e a quinta desobrigada,
como ficou, de que se fez escritura, e se
julgou por sentença, havendose sómente as ca-
sas por obrigadas, por onde dolosamente se in-
tentou esta auçaõ contra elle Reo. O que tudo
visto com o mais dos autos, e estar a quinta do
Reo desobrigada do encargo, e hypoteca dos
ditos quatrocentos, e oito mil reis, por autho-
ridade do Provedor, e sentença, que neste caso
de desobrigaçāo proferio, e não prosegui
Duarte da Fonseca, filho de Dona Custodia,
e A. originario nessa causa, e que deo con-
sentimento para a subrogacāo, os embargos de

nullidade com que vejo diante do Provedor á
subrogacāo, que lhe forão recebidos, pois co-
mo se vê da certidaõ fol. 102. naõ passou dos
termos de o Provedor mandar dar vista à par-
te, e só tratou de vir contra o R. com o libello
via ordinaria, por onde a sentença de desobri-
gaçāo ficou passando em causa julgada, e a
quinta livre, e as casas da Rua das Arcas
pela tal sentença subrogadas, e annexas à di-
ta Capella, sem se poderem alhear por ne-
nhum titulo, que valido fosse, como o ficou sen-
do o de arremataçāo, que os herdeiros de
Bartholomeu Fernandes padasto da dita Cu-
stodia, irmā do dito A. originario, fizeraõ,
para executarem as suas cartas de partilhas
nas ditas casas subrogadas muito tempo de-
antes à dita Capella por sentença do Prove-
dor, que está em sua observância, por seneão
annular por nenhuma via; e quando se tra-
tasse de annullar, havia de ser diante do dito
Provedor, e naõ eleger, ficando a sentença
em pé, o meyo de demandar ao Reo, que naõ
incorreõ em nenhuma ficção, quando a ouves-
se, ou dissimulaçāo fraudulenta, e enganosa,
e sómente comprou com boa fé, e aconselha-
do com a sentença do Provedor, por cuja au-
thoridade se fez a dita subrogacāo, e na
censura de Direito todas as vendas, que se fa-
zem, ou outros quaequer cōtratos com boa fé,
e authoritate Judicis, ficaõ tendo toda a fir-
meza, e validade; e com maior razaõ, quan-
do a quinta comprada sempre foy livre, e os
quatrocentos, e oito mil reis nunca a captiva-
raõ por recuperar, e reassumir, porque com os
subrogar preoccupou a sua natureza de izeta,
e os ditos herdeiros naõ podiaõ intentar o
seu pagamento pelas casas vinculadas, e subro-
gadas á dita Capella sem primeiro executir
os bens dos que estavaõ obrigados á sua heran-
ça, e convencer de sinistra a dita subrogacāo
por estarem juris fomento, e authoritate Ju-
dicis, e com prioridade do tempo vinculadas
as ditas casas á Capella. Pelo que absolvo ao
Reo do pedido pelo A. e aos herdeiros do dito
Bartholomeu Fernandes deixo o direito re-
servado para cobrarem a sua herança da-
quelles que consumiraõ os bens, que pelo dito
Bartholomeu Fernandes lhe pertenciaõ. E
condemno ao A. nas custas dos autos. Lisboa
27. de Fevereiro de 1680. Marcos de Andrade
de Rua.

A qua sententia fuit appellatum ad Sup- 620
plicationis Senatum, ubi lata fuit sententia
sequens.

Acordei. &c. Bem julgado foy pelo Desem-
bargador Conservador dos Moedeiros em de-
clarar, que antes de serem executidos os bens
dos principaes devedores, naõ se pôde proce-
der

der contra o R. Confirmo sua sentença nesta parte por alguns de seus fundamentos, com a declaraçāo, que logo se escreverá. Porém em haver a quinta do R. totalmente por desobrigada da hypotheca, que nella se constituiu pela quantia dos quatrocentos, e cito mil, e trezentos reis para a Capella, ou morgado. q̄ instituiu Brites de Freitas, naõ foy por elle bem julgado, revogando sua sentença, vistos os autos dos quaes se mostra, que sendo a dita quinta solemnemente hypothecada, e tratando depois a possuidora Dona Custodia da Rocha de tirar della esta obrigaçāo, sobrogou as casas da Rua das Arcas com consentimento do successor do morgado, e Procurador das Capellas, mas com tal pacto, e condiçāo, que à todo o tempo que nas ditas casas se achasse alguma duvida ficaria em seu vigor a primeira hypotheca, e se mostra, que nas casas naõ somente houve duvida, se naõ que se vieraõ a tirar, e arrematar por obrigaçāo entecedente à subrogaçāo, nos quaes termos se verifica direitamente o pacto, e convenção de tornar a seu primeiro estado a hypotheca da quinta: assim o declaro, e mando, que sendo primeiro executidos todos os bens da vendedora dita Custodia da Rocha, com os requisitos, e solemnidades da Ley, e Direito, e naõ se havendo por elles pagamento para a Capella. seja o R. obrigado a pagar a quantia pedida no libello, ou largar a quinta para por ella se haver a dita quantia, e por hora pague a A. as custas. Lisboa 21. de Junho de 1681. Lopes Oliveira. Pereira. Reydono.

621 Quæ actio competens successori maioratus non excluditur in illius præjudicium cum exceptione præscriptionis, aut transactionis initæ absque postfessoris maioratus consenu, ut ea non obstante prosequenda est, ut judicatum fuit in causis sequentibus.

622 No feito de Appellaçāo de João Dias Coelho com Marcos Cacero, Escrivão Manoel Pinheiro da Costa, se deo a sentença seguinte.

Vistos estes autos, libello dos AA. João Dias Coelho, e sua mulher, contrariedade dos RR. Marcos Cacero, e sua mulher, prova por sua parte dada papeis, e documentos juntos. Mostrase por parte dos AA que no testamēto, com que faleceo o Padre Rodrigo Annes, instituiu Capella, e morgado com prohibição de alheação em huma herdade chamada a Granja na freguezia de Santa Clara de Louredo, e em outros bens com poder de nomearem os possuidores della, e sendo possuidora da dita Capella Luiza de Lamede, māy da A. nomeou nella, e no testamento, com que faleceo, a dita Capella, e está de posse, e os mais bens por

virtude da dita nomeaçāo, e o R. está de posse da herdade da Granja, sem titulo que valido, ou justo seja, e lha devem largar com os fructos do tempo da morte de Damiao Raposo, pay, e sogro delles AA. em diante. Por parte dos RR. se mostra, que o testamento, e instituição do Padre Rodrigo Annes feito ha mais de cem annos, e logo a herdade da concinda foy alheada pelos possuidores da dita Capella, em cujos termos naõ tem os AA. auçaõ para a reivindicarem, e sómente poderá cobrar oforo, que della se paga, que jaõ tres mil reis em cada hum anno, porque os ditos administradores afordrāo por ser o seu justo, e communum preço, que valia por ser de terra de mattos, que naõ rendiaõ cousta alguma, nem tinha casas, e sómente se afrouou para ter colmeas, e nessa forma a posseuo o Licenciado Manoel da Gama, e delle passou a Duarte Lopes Rosa com o mesmo encargo, e lhe fizeraõ casas, e cerca de colmeas, e a reduziuõ a cultura, e ha dez annos que o dito Duarte Lopes Rosa, e sua mulher vendeuõ a elies RR. a posse da dita herdade, por quarenta mil reis, como encargo do dito oforo, e no tempo da dita venda era possuidor do dito oforo Damiao Raposo, pay, e sogro dos AA que consentio na dita venda, e cobron o laudemio, e cobrou o dito oforo em sua vida, do qual foy a A sua herdeira, e como tal naõ pôde impugnar, o que o dito seu pay approvou, e consentio. Mostrase mais, estar elle R. de posse per si, e seus antecessores da dita herdade de mais de quarenta, e cincoenta annos, e de tempo immemorial, pagando sempre o dito oforo aos possuidores delle sem contradicção alguma, e elle Reo fez na dita herdade muitas benfeitorias, reparandole a cerca velha, e fazendo outra de novo, pelo que naõ tem os AA. auçaõ para poderem pedir a dita herdade, e sómente poderá cobrar o dito oforo. O que tudo visto, e o mais dos autos, disposição de Direito em tal caso, conforme ao qual os bens de Capella, e morgado senão podem prescrever, e pelo testamento junto se mostra instituir o Padre Rodrigo Annes Capella, e morgado na herdade, de que se trata, e com prohibição de alheação; e que os possuidores podessem nomear sucessores: e consta outró sim do testamento, com que faleceo Luiza de Lamede, māy, e logra dos AA. nomear na dita Capella, a A sua filha. Por tanto condono aos ditos RR. desabraõ maõ da dita herdade para os AA. com os fructos da lide contestada em diante, por serem possuidores de boa fé, e lhe deixo seu direito reservado contra o vendedor Duarte Lopes Rosa, ou seus herdeiros. E pague as custas dos autos. Beja

30. de Mayo de 1678. Manoel Coelho Freire.

A qua sententia fuit appellatum ad Supplicationis Senatum, ubi fuit lata sententia sequens.

Acordaõ os do Desembargo, &c. Bem julgado foy pelo Ouvidor, confirmaõ sua sentença por aguns de seus fundamentos, e o mais dos autores, e condemnaõ ao appellante nas custas delles, com declaraçao, que naõ sómente se lhe pagaraõ as bemfeitorias que fez, mas também as que seus antecessores fizeram. Lisboa 17. de Agosto de 1683. Lopes Oliveira. Pereira. Freire.

Hæc sententia fundata fuit in deliberationibus sequentibus.

Alienationem expresse prohibuit institutor, patet fol. 7. at in emphyteusim concessio alienationis species est, L. fin. Cod. de jur. empbyt. ad præscriptionem recurritur, sed incastum, cum tempus emphyteuticationis non constet, & quamvis constaret, nil referret; est enim necessaria immemorialis, ut ex Molin. & alii tenet Valeron de transact. tit. 4. q. 2. num. 76. ubi distinguit inter causas, in quibus præscriptio est maioratui utilis, vel nociva. Aliud fundamentum desumit appellans deductum ex regul. text. in L. cum à matre Cod. de reivendicat. sed perpetam; filius enim quamvis patris sit hæres, maioratus bona à patre alienata vendicare poterit, & tantum, tanquam hæres ad damna, & id quod interest, & de evictione tenebitur, Valsc. conf. 69. num. 19. & 20. Pinel. in L. I. p. 3. num. 99. Cod. de bon. mater. fuse Flores ad Gam. decif. 8. à num. 6. Quod in praesenti locum non obtinet, cum pater originariæ Aetrieis non esset, qui alienavit, seu in emphyteusim prædium, de quo agitur, concessit: ergo iudicatum confirmarem, Auditoris sententiam circa meliorationes declarando, nempe, ut appellatus illas meliorationes solvat, quas vel appellans fecit, vel alter, cuius sit hæres, vel à quo causam habuit ad premium repetendum, ex Gratian. forens. cap. 139. à num. 1. Olea de cess. jur. tit. 4. q. 7. à n. 32. Ulyssipone 19. Augusti 1683. Pereira.

Conveniunt. Freire. Lopes Oliveira.

No feito de Bernardo de Lemos Pereira contra o Prior, e mais Religiosos da Cartuxa de Laveiras, Escrivaõ Manoel Soares Ribeiro, se deu a sentença seguinte.

Julgo a exceição peremptoria de prescrição, e rei iudicatae recebida, por provada, quanto ao assude, e azenha, de cuja redução se trata. Vistos os autos, sentença, e contrato de transacção, porque se mostra os Reos

excipientes entrarem na posse do dito assude, e azenha sem máfē, e como se prova passar de trinta, quarenta, e mais annos, que estaõ nella sem contradicção alguma, á vista, e face de todos, e do excepto, com que tem prescripção, quando necessário lhe fosse, qualquer direito, para poderem ter o seu assude, e azenha no estado que hoje estã. Julgo porém a mesma exceição por naõ provada na parte que toca a naõ haver de se poder regar com as aguas do assude da dita azenha o pumar novo, visto como a servidão de naõ regar, por ser negativa se naõ começa a prescrever se naõ do tempo da probibição, e deste dia se naõ prova, que sejaõ passados os annos, que se requerem pela Ley para ter lugar a dita prescripção; e visto outrossim, como a sentença, que os excipientes allegão por sua parte, naõ tem lugar, assim por ser com outra pessoa, como porque se é dada sobre o possessorio sómente, naõ fica prejudicando à causa ordinaria. Pelo que mando nesta parte sómente corra a causa seus termos. E os excipientes paguem as retardadas, em q os condemnio. Lisboa 16. de Abril 1678. Sylva e Sousa.

Ab hac sententia interpositum fuit gra- 624 vamen ad Supplicationis Senatum, ubi lata fuit sententia sequens.

Acordaõ os do Desembargo, &c. Aggravado he o aggravate pelo Corregedor do Civil da Corte, em julgar por provada a exceição peremptoria de prescripção, no que toca ao assude, e azenha dos RR. emendando sua sentença, vistos os autos, pelos quais se mostra, que a prescripção de que se trata se naõ acaba provada por tanto tempo quanto de Direito se requere para impedir a auçaõ do A. que he administrador do morgado, contra o qual os RR. pertendem prescrever. Julgo a dita prescripção por naõ provada, e que os RR. devem contrariar o libello do A. E condenaõ os RR. nas custas dos autos desta exceição. Lisboa 16. de Fevereiro 1679. Vanvessem. D. Alvarez Coelho. Cerqueira.

Hæc sententia fundata fuit in sequentibus 625 deliberationibus.

Prima pars sententiae Præsidis Curialis, ex qua gravamen interpositum extat, aliquo modo implicari videtur cum ultima ipsius sententiae decisione, ibi: A sentença, que os supplicantes allegão por sua parte, naõ tem lugar, assim por ser dada contra outra pessoa. Plane sic erat in proposito, & in prima decisione sententiae Præsidis Curialis, alia enim, quæ ibi citatur contra aggravantem, prolatâ non fuit.

Dictæ sententiae fundamentis acquiescere non possum, & primum fulcro transactionis

Tractatus de Exclusione, Inclusione,

530

nitur, ex illa tamen nullum causari nocumenum potest aggravanti, fuit enim, ut certatur fol. 38. facta ab emphyteuta, qui vitalium tantum jus habebat in bonis ad viras solum concessis, ut est vulg. in vitaque transigentis restrictè firma mansit, ut cum multis tenet Molin. de primogen. lib. 1. cap. 20. num. 2.

626 Secundum fundamentum deducitur à sententia, plane omnes in hoc processu contra diversas personas, non contra aggravantem prolatæ fuere, unde subintrat decisio ultima sententiae Præsidis Curialis, & succedit regula Legis cum queritur ff. de except. rei judic.

627 Tertium, quod est ultimum sententiae fundamentum, possessione bonaque sive nititur, & prima ad aggravantis conspectum proponitur continuata, sed istam ab aggravatis, ut necesse erat, probatam non invenio, ex tempore, quo ipse maioratus esset possessor, & qua pro ejus defensione agere valuerit, solumque tunc ei nocere poterat, ut tenet Mafcard. dec. 105. per tot. Decian. conf. 60. num 3. Matienç. in L. 8. tit. 17. lib. 5. gloss. 5. Lar. dec. 53. 2. p. n. 23.

Unde mihi videtur bonam fidem hoc casu considerari non posse, imo nec malæ fidei abnegationem, nec medium ab Accurt. inventum in L. 3 §. genero verbo nec bona fide ff. de acquir. possess. quem cum aliis DD. refert, & sequitur Barbos ad rubr. tit. de prescript. triv. gant. num. 44. cum seqq. cum nil supradictorum cauare potuisse dicta transactio plusquam in transigentis vita, nec etiam prima sententia fol. 17. quod enim nunc intendunt aggravati in exceptione, plus est quam judicatum in ipsa, ut consideranti patebit. Secundaque sententia fol. 48. paulo ante proposita fuit, & non contra aggravantem: iste igitur cum sua actione audiatur etiam in prima parte, sententia sic revocata. Ulyssipone 10. Novembris 1678. Cerqueira.

628 Etiam judicarem, ut aggravans audiatur integraliter de tuo iure, suaque actione, exceptione in nihilo obstante. Ulyssipone 15. Novembris 1678. D. Alvarez Coelho.

629 Ego aggravanti non providerem, sed imo de jure parietis controversia injustè mota videtur, nam aggravati ab antiquo in possessione sunt habendi fluminis parietem in eo statu, in quo hodie reperitur, ita enim longe probant à fol. 73. & melius detegitur ex sententia fol. 17. in ea enim controversia extitit super altitudine parietis, & decrevit sententia fol. 25. quod reponeretur in antiquo statu, & talem antiquum statum definit sententia fol. 31. præcedente visione oculari

Præsidis, & ex laudatorum placito; ergo ex ea sententia evidens est probatio, quod jam antea in eo statu paries erat, & cum in transactione fol. 39. alteratus non fuit parietis jam repositi status, ut fol. 41. vers.

Quare & si sententia præjudicare nequeat Actori non citato, attamen comprobare valet antiquitatem possessionis, in qua se fundant aggravati, & augere probationem de novo faciat à fol. 73.

Quinimo illa sententia antiqua est, & non facile infringenda illius fides, præcipue quando emphyteutæ impulsu Actor item movet, & nullum præjudicium formaliter detegit, cum si daretur, neque sententia fol. 31. in eo altitudinem decerneret. Sicque, & in aliis ponderatis per doctum Patronum sententiam firmarem. Ulyssipone 21. Novembris 1678. D. Freire.

Cum proximo domino convenio ex rationibus ab eo erudite perpensis, quæ meritis actorum, & juris dispositionibus sunt consentaneæ. Ulyssipone 10. Decembris 1678. Quifel.

Cum primo, & secundo Dominis magis placet convenire, exceptio enim, quæ contra emphyteutam habuit locum circa præscriptionem, non ideo procedit contra dominum directum, & multo minus, cum dominum directum sit maioratus, quem Actor administrat, quia contra eum, vel contra quemlibet administratorem maioratus quadrageneria præscriptio requiritur, quæ hic non probatur.

Si præjudicium afferat Actori, vel non, molendinum, vel parietis altitudo, est quæstio, quæ in contrarietate ventilari debet ad actionem elidendam, non vero ad præscriptionem adjuvandam, ita censeo. Ulyssipone 13. Februarii 1679. Vanvessem.

Hæc sententia fuit impedita cum exceptionibus, quæ fuerunt rejecta, & fundatæ in sequentibus deliberationibus.

Proposita præscriptio nocet vero domino, etiam si verus dominus directus id ignoraverit, L. si ego §. 1. ff. de publ. L. fin. in fin. Cod. de prescript. longi temp. Brito in cap. potuit de locato §. 2. num. 47. in fin. Barbos. de prescript. L. 2. num. 176. qui ita resolvit cum Panormit. Alex. & aliis, unde impedimenta recipere placet. Ulyssipone 19. Aprilis de 1679. Nevaes.

Impedimenta non admittenda censeo, nec mihi aliquid faciunt pro impedientibus ea, quæ ad receptionem impedimentorum penduntur, quoniam non convenienter casui proposito in his actis. Ulyssipone 7. Junii 1679. Vanvessem.

Neque

636 Neque transactionis, neque præscriptio-
nis prætextu exceptio prodeste potest. Trā-
actio quippe ab emphyteuta super re emphy-
teutica irquisito domino inita ei minime
nocere potest, *Valer.* qui multos congerit de
transact. tit. 4 q. 2. num. 6. *Fulgin.* de jur. em-
phyt. tit. de alienat. q. 1 num. 278. ubi bene ex-
plicat.

637 Præscriptio autem etiam non est admit-
tenda, cum enim res sit maioratu*t*ubjecta,
nulla minor, quam immemorialis possessio
successoribus obesse potest, *Pereir.* dec. 52. á
num. 4. *Castill.* controv. lib. 5. cap. 93. §. 8. *Vela*
dissert. 48. ex num. 12. *Carvalh.* cap. *Raynal-*
dus p. 2. à num. 389. Eo præcipue quoniam
justa ignorantia Actoris, & suorum prædeces-
sorum præsumitur facti emphyteutarum,
qua ignorantia stante, justum resultat impe-
dimentum, ut adversus eum non sit præ-
scriptio opponenda, argumento ejus, quod in
terminis fere similibus tradit ex multis *Vela*
dissert. 34 ex uum. 77. Igitur proximi domini
sententia magis arridet. Ulyssipone 21. Junii
1679. Lopes Oliveira.

638 Tria contrita, & discussa materia excep-
tionum cernitur, & ultra dicta vide *Valenz.*
locum *conf.* 109. num. 50. ubi quoties aliena-
tio est prohibita, est etiam prohibita præ-
scriptio, *Bart. Roland.* & *Gregor. Lop in L.* 10.
tit. 26. p. 4. *gloss.* 3. idem *Valenz.* *conf.* 187.
num. 235. Unde longissimi temporis præ-
scriptio non obstat successori revocanti, cum
majoratus possessor alienare non potest ex
vulg. præscriptio ejusdem farinæ dici valet;
rejiciantur ergo impedimenta. Ulyssipone 5.
Julii 2679. Fonseca.

639 Neque etiam excluditur reivindicatio
competente successori majoratus, ex subha-
stitutione facta in vinculi bonis, sed non obs-
tante addictione venit possessor cōdemnan-
tius, & cessat possessio subhastantis, ut tenet
Pereir. dec. 18. & judicatum fuit in causa se-
quenti.

640 No feito de Antonio Pires contra Braz
Rodrigues, Escrivão Lourença Correa de
Torres, se deo a sentença seguinte.

*Vistos os autos, libello dos Autores, contra-
riedade dos Reos, mais artigos recebidos, e
prova a elles dada, papeis por huma, e outra
parte juntos. Pela dos AA. se mostra fazer
Maria Dias, mulher de Manoel Telles seu
testamento no anno de 1632. aos 21. dias de
Novembro, e nelle instituir hum morgado
com encargo de cinco missas cada anno em
ametade da sua vinha de Val do Freire, e que
delle fosse seu marido Manoel Telles adminis-
trador em quanto viveisse, e por sua morte lhe
succedesse sua febrinha Maria Martins, filha*

de Affonso Telles, que hoje se chama Maria
Telles. e he mulher do A. Mostrase, que a in-
stituidora he falecida, e tambem o dito seu
marido Manoel Telles, primeiro administra-
dor, por cuja morte devia succeder no dito
morgado a dita Maria Telles na forma da in-
stituçao. Mostrase, que os Reos estao de pos-
se delle desde Abril de 1636. por arremata-
ção, que na praça desta Villa fizeraõ na exe-
cuçao, que contra o dito Manoel Telles se
fez por divida em que estava obrigado pela
remataçao da herdade da casa Branca ás se-
nhorias della, e na vinha toda, e oliveiras
lançáraõ 63 U500. reis, em que lhe foy arre-
matada, mas nesta arremataçao se mostra ou-
ve fraude, e conluyo, porque tendo o dito Ma-
noel Telles muitos moveis, em que devia pre-
ceder execuçao, por se naõ desfazer delles,
e por o R. descjar esta vinha, a deo elle á
penhora em prejuizo da dita Maria Telles, a
quem pertencia o morgado, o que naõ podia
ser conforme a Direito, haverao outros bens,
o que se colhe do mesmo testamento da institui-
dora havellos pela disposição de legados, ma-
iormente sendo a divida, porque se fez penhora
no dito morgado da remataçao da herdade do
anno de 1635. que a instituidora naõ logrou,
por ser morta em Novembro de 1632. em que
vaõ quasi tres annos. Pelos Reos se mostra fa-
zerem a remataçao judicial, lançando na dita
vinha em praça publica, onde lhe foy arre-
matada, e que nella se fez boa execuçao,
sem emborgo da metade ser de morgado, e so-
jeita a elle, por fazer o dito Manoel Telles o
arrendamento junto fol. 17. vers. da herdade
da casa Branca, sendo viva a dita institui-
dora sua mulher, e nelle ficarem hypóbeca-
dos os bens de ambos ao pagamento da remata-
ção, e renda da dita herdade, sem emborgo
della naõ assinar, na forma da Ley do Reyno,
e costume, que os Taballiaens ju aõ obser-
varse. Mostrase com tudo esta hypotheca
naõ ter lugar, para que a ametade da vinha
avinculada ao morgado se arrematasse, haver-
do outros bens, e como se prova havellos, e
naõ sendo por divida que a instituidora con-
trabisse, e devesse, o que largamente se prova
por muitas testemunhas, ser elatarica, e aba-
stada, e naõ dever dividas, em quanto viveo
com seu marido, e só por sua morte começar
elle a empobrecer. O que visto com o que mais
consta, e disposição de Direito, mando que os
Reos restituão a ametade da vinha, e oliveiras
do Val do Freire, como está vinculada,
e confrontada no testamento, visto ser de mor-
gado, e prohibida alhear, com os fructos da
lide contestada por diante, com declaraçao,
que os AA. tornem aos Reos 31 U750. reis,

porque foy arrematada a dita ametade, visto provarse serem herdeiros, e legatarios da instituidora como se vê de seu testamento no legado de cem mil reis, que deixou a A. e tambem por se mostrar, que elles lográraõ o arrendamento por sua parte os annos depois de seu falcimento, em que se fez a divida estando todos juntos em a mesma herdade da casa Branca. E paguem A. e R. as custas de permeyo. Montemor 18. de Outubro de 1645. Manoel Coelho de Araujo.

641 Ab hac sententia fuit appellatum ad Suplicationis Senatum, ubi fuit confirmata à Judicibus Botelho. Leitaõ. Marchaõ. Souza. Tertio die Augusti 1647. Et findata in sequentibus deliberationibus.

642 Agitur de reivindicatione vineæ, quæ maioratus, & capellæ vinculo affecta fuit in testamento fol. 4 vers. & post mortem mari- ti institutricis, Actoris uxori relicta propo- nitur, & Reus contendit, se addictionis titu- lo prædictam vineam possidere, ut ostendit certificatio fol. 20. ideoque ad restitutionem illius non teneri; cuius contrarium pronun- tiavit Judex in sententia fol. 89. & seq. cum declarationibus, de quibus ibi. Et quoad resti- tutionem prædictæ vineæ faciendam Acto- ribus bene se habuisse Judicem existimo, quia bona maioratus alienari prohibita ad conseruationem familiæ, alienari non poslunt, L. filius fam. §. Divi ff. de legat. 1. L. cum pa- ter § libert. L. Titia Seio §. libertis, L. peto § fratres ff. de legat. 2. Gom. L. 40. Taurin. 48. & seqq. Molin. de primog. lib. 4. cap. 1. à n. 2. Valasc. consult. 194. num 9. Adeo, ut facta alieuatioue possit sequens successor rem alie- natam à possessore vendicare, Gom. d. L. 40. num. 88.

Sic est in proposito, quia vinea alienata invenitur per maritum institutricis, qui in maioratu primus fuit successor, & utpote talis, non potuit aliis post se vocatis præjudicare, Fusar. de substit. q. 62. 2. à nuu. 1. Lælius Altograd. conf. 99. ubi quamplurimos adducit, Sesse 4 p. dec. 384. num. 1. Molin. de pri- mogen lib. 4. cap. 9. num. 10. ergo jure opti- mo competit reivindicatio.

643 Neque objici potest prædictam alienatio- nem factam fuisse propter debitum ab insti- tutrice cum marito suo contractum ex con- ductione, de qua in scriptura fol. 12. ac pro- inde locum non habere alienationis prohibi- tionem, quæ cessat, quotiescumque bona pro- pter debita ab institutoribus contracta alie- nantur, est text. in d. L. filius fam. §. Divi, & Ord nostra lib. 3. tit. 93. Molin. de primog. lib. 1. cap. 10. n. 2. Carvalb. in cap. Raynald. 2. p. num. 261.

Dupliciter enim respondeatur. Primo quod debitum, ratione cuius facta fuit executio, & additio, contractum fuit per maritum ex conductione anni 1636. cum jam uxor institutrix mortua esset, in quibus terminis ad mercedes conductionis bona illius obligari non poterat, ut optime advertit deductus ap- pellantis patronus.

Secundo respondeatur (dato sine veritatis præjudicio, quod bona institutricis pro con- ductione tenentur) adhuc in his terminis in illis non debuit fieri executio propter col- lusionem, quam inter Reum, & Emmanuel Telles interveniente constat, & ex eo co- probatur: quia cum Emmanuel de vendenda, & Reus de emenda vinea contentionis age- rent, propter alienationis prohibitionem, qua erat affecta, & propter defectum consen- sus, quem Reus, & uxor illius præstare no- luerunt: placuit, quod Emmanuel si exequi consentiret, ut ad executionem prædictam vineam nominaret, cum alia libera bona su- pereflent, ex quibus debiti solutio fieri pos- set, ita deponunt testes fol. 45. vers.

Plane collusio nihil aliud est, quam inter Actorem, & Reum latens, ac fraudulentia conventio, per quam alter in judicio supera- ri se finit secundum Ber. in gloss. in cap. audi- vimus de collusione detegenda, & in cap. cum Clerici de censibus. Cum ergo ex collusione nulla fuisse additio, qua Reus se defendere contendit, ut probatur ex Ord. lib. 4. tit. 71. in princip. Mantic. de contract. lib. 13. tit. 35. n. 2. Menoch. de arbitr. cas. 39. dec. 247. & de præump. lib. 3. præf. 125. & 129. Valasc. con- sult. 145. Merito Reus in dimidia parte vi- neæ condemnatus fuit, quia additio per col- lusionem facta perinde est, ac si facta non fuisset. Quod vero attinet ad pecuniam, quam Judex Actorem Reo reddere jubet, illius pla- citum revocandum sentio, quia neque hæres institutricis probatur, neque ex alio capite teneri demonstratur. Quod attinet ad fru- etus à tempore mortis Emmanuelis Telles restituendos dicerem, quia ex collusione jam probata excluditur bona fides, & cum Actor (judicio meo) victor in omnibus existat, ex- pensarum condemnatio fieri debet, juxta Ordin. lib. 3. tit. 67. Sic confirmato, & revoca- to Judice. Ulyssipone 26. Julii 1647. Leitaõ.

In omnibus præcedenti domino doctissi- mo adhæreo, præterquam in restituzione fructuum à tempore mortis Emmanuelis, circa quos Judicis placitum magis arridet, ut solvantur à tempore litis contestatæ, quippe non mihi sufficienter probatur collusio ex parte Rei, & per consequens nec mala sides.

Ulyssi-

Ulyssipone 29. Julii 1647. Marchaõ.

Idem placuit, in eodem conveniendo cū
præcedenti Doctore. Sousa.

648 Et res empta ex pecunia maioratur, aut in-
ducta ex re maioratus, efficitur maioratus
cum omnibus qualitatibus, & quando sub-
rogantur, & bona vendita manent libera, ut
vidi judicatum, & competere reivindicatio-
nem, ex Mend. 2. p. lib. 1. cap. 2. num. 17. &
non competere cōtra bona maioratui subro-
gata, vidi judicatum in causa Joannis Correa
Lopes cum Sebastiano de Abreu, Escrivaõ
Antonio Soares de Siqueira. Ubi etiam quod
subrogatio facta absque Regia facultate non
probatur vinculum, sed quando præcedit fa-
cultas.

649 De qua re, & quando subrogatio, & per-
mutatio maioratus absque Regia facultate va-
leat ex consensu successorum, & in utilitatē
maioratus, & actio cōpetat, vel non, diximus
in comment. ad Ord. tom. 2. ad Regim. Senat.
Palat. §. 39. gloss. 97. pag. 255. num. 2. & me
citato hoc loco Add. ad Reynos. observ. 7. n.
13. & seqq. Et ita si fuerit facta subrogatio
cum solemnitatibus, & facultate Regia, com-
petit actio successori maioratus ad petenda
bona subrogata, quia bona subrogata loco
primogenituræ, aut fideicomissi censentur
esse eadem, & aslumūt omnes qualitates pri-
mordiales ejusdem primogenituræ, Gratian.
forens. cap. 751. num. 30. & cap. 919. num. 1.
Peregrin. de fideicomiss. art. 16. n. 30. & art.
44. num. 30. & ibi Censal. in add. pag. 303.
vers. quarto observo, Giurb. ad stat. cap. 12.
gloss. 2. num. 9. Castill. lib. 4. cap. 36. num. 51.
& seqq & lib. 5. cap. 89 numer. 83. & 84. &
tom. 7. cap. 4. n. 12. usque ad 17. idem Gra-
tian. cap. 624. num. 2. usque ad 16. Molin. de
primog. lib. 4. cap. 4. nnn. 24. Mier. de maior.
p. 1. q. 11. Menoch. conf. 400. num. 4. & seqq.
Valenz. conf. 69. num. 255. usque ad n. 264.
Qui omnes sunt videndi ad varias questio-
nes.

650 Et de actione competenti pro bonis per-
tinentibus, & competentibus maioratui, &
quando competat, vel non, vide sententias se-
quentes.

651 No feito de Thomás Ximenes de Aragaõ
contra o Prior, e mais Religiosos do Con-
vento de S. Domingos da Villa de Almada,
Escrivaõ Manoel Soares Ribeiro, se deo a
sentença seguinte.

Sem embargo dos embargos, que naõ rece-
bo por sua materia, deferindo a final, vistos os
autos, libello do A. exceptão peremptoria dos
RR. recebida por principio de contrariedade,
papeis juntos, e o mais que dos autos consta.
Mostrase por parte do A. que Catharina da

Veiga, viuva de Duarte Ximenes de Aragaõ,
comprára aos RR. dous moyos de trigo de fo-
ro, e meyo de sevada, com direito senhorio
imposto nas terras, de que na escritura se faz
mençaõ, por preço de quatrocentos, e cincoëta
mil reis. Mostrase mais, que Antonio Botel-
ho da Sylveira, senhorio ut il das taez terras,
pagou sempre o dito foro, assim aos Religiosos
RR. como á dita Catharina da Veiga, em quâ-
to as naõ vendeo á mesma. E estando assim na
dita posse a tal Catharina da Veiga, hum Ma-
noel Botelho da Silveira, administrador da
Capella, que instituiu Martim Annes, re-
querio no Juizo dellas se demarcasse, e to-
basssem as terras a ella pertencentes, e come-
feito se fez; na qual demarcação foy ouvida
a diza Catharina da Veiga, e os RR. aos quaes
chamáraõ por AA. por haverem vendido o tal
foro, e finalmente se julgou, que das terras,
em que estava imposto pertencia huma courel-
la, e hum talho á dita Capella de Martim
Annes, e com efeito a ella se annexou, e
foy condenado o A. a que da dita Courella, e
talho, pagasse ao administrador da dita Ca-
pella os fructos de vinte, e tres annos, que se
houveraõ por liquidos em tres moyos de paõ,
metade de trigo e outro de sevada, pelo preço
do meyo, que valeo em cada hum dos ditos an-
nos: consta a fol 50. e pagou o A. a quantia,
em que se houve por liquida a tal sentença na
sobredita forma. Mostrase mais pelas senten-
ças de justificaçao a fol. 62. ser Rodrigo Xi-
menes de Aragaõ herdeiro da dita Catharina
da Veiga, e o A. ser herdeiro do dito Rodrigo
Ximenes de Aragaõ seu pay. Por parte dos
RR. se allega a prescripção de sessenta, e tâ-
tos annos, e que por esta causa naõ tinha o A.
açao contra elles, por estar já prescripta, o
que no caso presente se naõ pôde admitir;
por quanto a ultima sentença dada no Juizo
das Capellas, foy em 15. de Novembro de
1674. do qual tempo se podia começar a cor-
rer a prescripção, se abouvesse, e como por
sua parte se naõ allega, nem prova cousa, que
de condenação os releve, antes estaõ obrigados
a satisfazer ao A. todo o deterioramento, que
tem por razão do dito foro vêdido, imposto nas
terrás, das quaes se annexáraõ parte á Capel-
la de Martim Annes, e por esta cousa ficou
o foro deteriorado, que os RR. devem compor,
como tambem, o que importar ao direito se-
nhorio das terras, que se annexároõ á Capel-
la, tudo prorata do que importa o dito foro a
respeito de dois moyos de trigo, e meyo, e
meyo de sevada, pelo preço, e dinheiro, que
os RR. em si tem, que saõ quatrocentos, e
cincoenta mil reis. Portanto condeuo aos RR.
satisfacção ao A. o que importar ao direito
senhorio

Senhorio da Courella, e talho, que se annexou á Capella, como tambem a respeito do mesmo foro de dous moyos de trigo, e moyo, e meyo de sevada, pela diminuição com que se acha por causa das terras, que lhe tiráraõ, conforme a bondade, e rendimentos dellas; e tambem satisfaçao ao A a parte que podia tocar aa foro, respeito do rendimēto das taes terrae, que se liquidará em tres moyos de paõ, em cada bñ n anno, por tempo de vinte, e tres annos, no que ficou o dito A. prejudicado, que tudo se liquidará na execuçao, ou por louvados peritos, que bem o entendaõ, e façao justa avaliação para os RR. satisfazerem ao A. E paguem os RR. os custos dos autos. Lisboa 21. de Janeiro de 1679. Gervasio do Sal de Almeyda.

652 A qua sententia fuit gravamen interpositum ad Supplicationis Senatum, ubi fuit lata sententia sequens.

Acordaõ os do Dezembargo, &c. Naõ saõ aggravatedos os aggravantes pelo Corregedor do Civel da Corte, cumprase sua sentença por seus fundamentos, e o mais dos autos, e condenaõ aos aggravantes nas custas delles, e delaraõ, que a sentença se entende no que toca á diminuição do preço do direito senhorio, que os aggravantes sómente venderaõ, e dos foros, que havia de receber, e pagou pela reivindicação ao aggravatedo a respeito do talho da terra, e Courella, de que se trata, e naõ no que toca ao direito util, que tinha o emphyteuta, que o vendeo, e naõ os aggravantes, e assim o julgaõ, e que a liquidação se faça por louvados. Lisboa 22. de Agosto de 1679. Vanvessem. Quifel. Doutor Freire.

653 Hæc sententia fundata fuit in deliberatione sequenti.

Quod evictæ terrulæ sint eadem, quas Rei vendidere, mihi ostenditur ex scriptura fol. 109. ubi in venditione utilis dominii eadem, quæ in venditione directi fol. 11. repetiuntur, & cum liquiat, quod evictæ fuere illæ, quas utilis dominus directus, cū eadem sint; sive cessat diversitas confinium, cum ex temporis cursu confinium nomina mutentur.

654 Non impedit etiā evictionis allegatio defectus citationis Reorum ad authoriam, & simul præscriptio, in qua Rei fundantur; nam de citatione constat fol. 56. de cuius legalitate non dubito, ex his quæ Actoris patronus doctè delineat, & præscriptio cessat cum Actor impeditus extitit cum liquidatione sententiae fol. 61. ex quo tempore actio in libello edita incipere poterat; & in Reis dabatur scientia per citationem ad authoriam, cum qua difficulter præscriptio dari poterat

præcipue inspecta clausula venditionis fol. 14.

Unde cum terrullæ contentionis evictæ fuere, necessario Rei venditores condemnati sunt; sed quomodo, est dubitatio: & mihi placet sententia Præsidis in prima parte, dum Reos condemnati ad valorem dominii directi in illis terrulis evictis, & simul ad valorem pensionis, quæ valet correspondere terulæ evictis respectu quantitatis venditæ fol. 11. & hoc ab evictionis non solum tempore, sed ab illo, ex quo Actor solvit.

Non tamen attenderem, quod A. solvit fol. 61. quia cum ei evictum esset non solum dominium directum, sed utile; respectu hujus non habet regresum contra Actorem, sed contra venditorem utilis dominii, Rei autem solum de eo, quod vendidere, tenentur, & cum viderunt dominium directum, & certam illius pensionem, ad partem correspondentem terrulis evictis tolem tenentur. Et ita liquidatio est facienda, cum facta fol. 177. non sit conformis, & neque secunda pars sententiae placet, nec petita legitur, & circa modum liquidationis, si necesse fuerit, conferam. Ulyssipone 25. Maii 1679. Doctor Freire.

Conveniunt. Vanvessem. Quifel.

Quæ actio habet locum, quando alienans putabat potuisse ex facultate alienandi concessa alienare, quia tunc etiam competit successori vocato, ut proximiori, ut decisum fuit in causa seq.

No feito do Padre Alvaro Figueira com Joaõ Sardinha, Escrivaõ Lourenço Correa de Torres, se deo a sentença seguinte.

Vistos os autos, libello do A. contrariedade do R. papeis, e documentos juntos, e prova dada por hña, e outra parte. Mostrase pelo do A. que be filho legitimo de Manoel Fernandes Figueira, e de sua mulher Isabel Vaz, a qual se mostra ser filha de Alvaro Fernandes, irmão que foy do Padre Manoel Fernão de Sáde, pelo testamento do qual, que está junto a este, se mostra deixar em Capella com clausula de non alienando, e obrigaçao de cinco Missas rezadas, hum olival que tiuba no sitio da terra Branca, termo desta Cidade, e com declaraçao, que havendo na sua geração Clerigo, a elle passasse o dito olival por morte de suas irmãs, a quem o deixou em sua vida, e o possuisse com o dito encargo das cinco Missas: tambem se mostra, que o dito A. be Clerigo de Misso do Habito de S. Pedro, e o parête mais chegado do instituidor, por ser neto legitimo de seu irmão Alvaro Fernandes. Mostrase mais, que os RR. estão de posse do dito olival, e elle o naõ nega, mas mostrase por

por sua parte, que o olival, de que se trata possem por titulo de dote, que delle lhe fez seu pay, e sogro Pedro Coelho, o qual se mostra, ex epela escritura junta havelo por titulo de compra, que delle fez a Antonio Carvalho, e a sua mulher Ignes de Moraes, moradores na Villa de Estrenoz, aos quaes os ditos RR. chamaraõ por A. a esta causa, como da carta citatoria, e certidão junta se vê. O que tudo visto, com o mais dos autos, disposição de Direito, e como a declaração, que o dito instituidor da Capella fez no codicillo junto ao seu testamento, porque se mostra dar, e conceder licença das ditas suas irmãs, para que podessem vender os bens de raiz, que lhe deixava, se não deve, nem pode entender no dito olival, de que havia feito Capella, mas nos outros bens, que lhe deixava, e que havia encarregado não venderem, por ser necessaria de Direito derogação expressa, o que não fez, nem outro sim o dote, que do dito olival fez a irmã do instituidor a sua sobrinha Ignes de Moraes, chamada por A. podia subsistir, havendo na geração do instituidor Clerigo, qual be o A. Segundo a clausula da instituição, e menos a venda, que delle se fez ao pay, e logo dos RR. Julgo, que o dito olival, conforme a instituição, e clausulas della, pertence ao A. ao qual mando larguem os RR. com os fructos da lide contestada, té real entrega, e a elles reservo seu direito para haverem dos vendedores, o preço porque foy vendido. E paguem as custas dos autos. Elvas de Outubro 23. de 1669. Francisco da Costa Ribeiro.

659 A qua intentio fuit appellatum ad Suplicationis Sénatum, ubi fuit confirmata, & fundata in deliberationibus sequentibus.

660 Ex testamento fol. 6. inductum esse fideicomissum in illo oliveto (de quo est prælens contentio) nulli dubium esse poterit: quia quando bona sunt subjecta restitutioni, & habent expressam prohibitionem de non alienando, tunc inducitur fideicomissum, eleganter Surd cons. 117. num. 7. lib. 1. & addit. num. 18. quod ipso jure non valet alienatio, eo quod dominium non transterritur in emptorem, imo statim devenit ad verum successorem, Paul. cons. 247. num. 12. Ripa in L. filius famili. §. Divi num. 46 ff. legat. 1. late Roland. cons. 81. lib. 2. num. 17. Bart. & alii in L. qui Romæ §. cohæredes ff. verbor. obligat. Decius cons. 23. num. 4. Molin. de primog. lib. 1. cap. 5. num. 16. Cabed. 1. p. decis. 96. num. 1. Phæb. 2. p. decis. 133. num. 17. & ea quæ per arg. à contrario adducit Reinos. obf. 68. n. 8. cum expreſſe de mente testatoris constet juncto onere missarum; quod quamvis per se solum non inducat maioratum, text. in L.

nibil proponitur ff. legat. 1. L. fudi Trebeliani ff. de usufruct. legat. Gam. decis. 30. & decif. 224. num. 8. Cald. ad L. si curatorem verbo prohiberis num. 98. tamen cum prohibitione alienandi conjunctim Capellam inducit teste Castilh lib. 2. contr. cap. 22. & lib. 5 cap. 93. §. 11. à num. 16. cum seqq. Lata de annivers. & capellan lib. 1 cap. 4. numer. 39. vers. quare dic. Valasc. cons. 27. n. 3. & cons. 82. n. 7. Pereir. decis. 5. n. 3.

Nec etiam ex causa doris in terminis praesentibus, poterat predictum olivetum alienari attenta dispositione Auth. res quæ Cod. comm. de legat. quæ procedit in descendentiis institutoris, & si gravatus dotans nulla alia bona, ex quibus dos, vel donatio proper nuptias posset constitui, habeat latocalamo quem dirimit Angel. Bossius de dote 2. p. cap. 15. num. 200. & in terminis terminantibus n. 202. Cancer. var. cap. 9. de dote n. 164. & multi ab eis laudati.

Nec officit, quod in codicillo fol. 13. vers. 662 testator facultatem cōcederet sororibus gravatis bona ab eo relicta posse in necessitatibus alienare, ac per consequens eis permisum remaneret olivetum vendere; quia in omnibus hominum dispositionibus ad ipsorum mentem percipiendam semper recurrendum est ad præfationem elogii, & contractus, L. cum bi in princip. & ibi Bart. & Jason. ff. transact. Præfatio enim mentem partium declarat, & aperit causam finalē dispositionis L. fin. ff. de hæred. inst. ubi Bart. Bald. & Angel. & quælibet dispositio regulatur à præfatione, ut à sua causa finali, L. cum pater §. dulcissinis ff. legat. 3. & ideo verba esse restringenda asserunt ad rem, super qua exprimuntur, & quamlibet dispositio n. quantumvis generalem, restringendam esse ad suam causam, cum multis Cancer. var. 3. p. cap. 15. ex n. 263. usque ad n. 273.

Cum ergo ex testamento dicto fol. 6. manifestam videamus testatoris mentem in cōdendo fideicomislo, & in separata ratione de illo ageret, illa clausula in codicillo olivetum comprehendere dici non potest; præcipue, cum non edoceamus, quod gravatae sorores, dum in vivis essent, necessitate laborassent, ut olivetum ultra alia bona relicta venderent: nec venditores dictum olivetum vendere poterant in præjudicium Actoris secundo loco vocati ad successionem fideicomissū cum illa expressa qualitate cōcurrente, quæ omnibus consanguineis præferri voluit, cum probetur esse in sacris constitutum, & non dubitetur; quare judicatum laudatum. Ulyssipone 26. Decembris 1666. Ribeiro. Conveniunt Sousa. Doctor Gouvea. Sed

- 664 Se^a f^tion potest actio intentari à curatore, aut administratore minoris successoris maioratus; quando est dissipator, aut habet litem cum minore circa res maioratus, aut debita illius, ut judicatum in causa seq.
- 665 No feito de André Rodrigues Coelho contra Alvaro Ribeiro, Escrivaõ Lourenço Correa de Torres, se deo a sentença seguinte.
- Seja André Rodrigues notificado naõ resqueira p^{ra}ça sucessora do morgado, visto trazer demandas sobre a entrega do principal, e reditos, e que naõ use dos mandados passados a seu requerimento. Aljubarrota 22. de Novembro de 1653. Cabreira.*
- 666 Ab hac leitentia fuit gravamen interpositum ad Supplicationis Senatum, ubi fuit confirmata à Judicibus Brito. Pereira. Et findata fuit in sequentibus deliberationibus.
- 667 Executorem testamenti suspectum de dilapidatione removeri posse indubium est, Carp. de execut. & commissar. lib. 4. cap. 1. n. 18 Thom. eod tract. tit. 14. num. 98. & ita disponit Ordinatio nostra lib. 1. tit. 62. §. 12. ibi: E^removeraõ o testamenteiro da execu^çao do testamento. Plane supplicantem suspectum esse, ut asserit Provisor in responso fol. 28. fatis patet ex processu principali, imo & ini-
micitiam superveniente, ex qua etiam remo-
veri posse resolvit Capra de execut. ultim. vo-
lunt. memb. 7. num. 73. Menoch. lib. 2. prae-
sumpt. 36. num 24. Carpius num. 14. Thomasius num. 102. locis citatis, imo & si non re-
vocaretur à Provisore tacite revocatum cen-
seri docent Capra num. 38. Thomas. n. 102.
ubi proxime. Nec sententia, qua à crimine
furti excusatur, supplicans convincit provi-
sionem, adhuc enim causæ remanent remo-
tioni sufficienes, & defectus in executione;
abeat ergo supplicans in provisione. Ulyssi-
pone 21. Martii 1654. Pereira.
- 668 Suspectus enim ille tutor dicitur, qui non ex fide tutelam gerit, L. 3. §. nunc videamus, L. suspectus 5. ff. de suspect. tut. quamvis enim dives sit, & quamvis cautionem præstet, d. L. suspectus §. suspect. autem cum seqq. inst. de suspect. tutor. & rationem præstat I. C. in L. quia 6. ff. de suspect. tutor. cujus verba, ut-
pote quæ tam elegantia, & ad casum præsen-
tem conducedentia, referre liceat, ibi: Quia sa-
tisdatio propositū malevolum tutoris non mu-
tat, sed diutius graffandi in re familiari fa-
cultatem præstat. Ac proinde quamvis sup-
plicans à causa criminali absolutus sit, non
tamen à civili, & ab indiciis, & suspicionibus,
quæ exinde, & ex processu principali adver-
sus eum resultare possunt, quod non mul-
tum ex fide tutelam gerat, nec ab eo deposi-

tio in judicio eum liberat, cum in contrarium jura proclament. Et non solum ex inimicitia removeri potest, verum etiam (si qua iusta causa Prætorem moverit, cur non debeat in tutela versari, rejicere eum debet) verba sunt Ap. in L. 3. §. si tutor 12. ff. de suspect. tutor. Et in responsione sua ita causam ju-
stam ad eum removendum reperiit, impro-
visus igitur vadat. Ulyssipone 1. Aprilis 1659. Brito.

Et an contra occultantem bona majora-
tus detur actio, & competit querela pro furto, judicatum in causa seq.

No feito de André Dias Coelho contra Alvaro Ribeiro, Escrivaõ Lourenço Correa de Torres, se deo a tentença seguinte.

*Acordei, &c. Aggravado he o aggravante pelo Juiz em o pronunciar à prizaõ, e tirar devassa do caso do thamado furto, de que se trata, provendo em seu agravo, vistos os au-
tos, e como os bens, e frutos, que o aggravante levou para sua casa, lhe foram consignados em pagamēto por hum filho do aggravatedo pos-
tuidor delles, por huma escritura publica, e como outrosim o aggravante deo contas como testamenteiro do instituidor dos ditos bens, que forão julgados por sentença do Provedor, que exclue a auçaõ criminal, que no caso, de que se faz mençaõ, naõ pôde haver lugar, nem con-
siderar se furto. Mando, que pela dita culpa se naõ proceda contra o Reo, e se o aggravatedo achbar, que civilmente tem alguma auçaõ, a pôde intentar pela via que lhe parecer para o que lhe deixõ seu direito reservado. Lisboa 10. de Fevereiro de 1654. Montarroyo Seco. Freire.*

Et quid quando contra reivindicationem bonorum maioratus opponitur exclusus adjudicationis ad maioratum, vel subrogatio, aut facultas Regia, vide sententiam seq.

No feito de Miguel da Fonseca Coutinho contra Antonio Gomes de Abreu, e sua mulher, Escrivaõ Antonio de Aguiar Villalobos, se deo a tentença seguinte.

*Acordaõ os do Desembargo, &c. Naõ foy bem julgado pelo Juiz do Civil em mandar restituir ao A. as casas da contendia, havendo por subrepticio o Alvará, que se impetrhou pa-
ra poderem ser vendidas, e por nulla a arre-
matagaõ, que por virtude della foy feita, re-
vogando sua sentença, vistos os autos, pelos
quaes se mostra ser valida a subrogação do
vinculo das ditas casas, feita na quinta de
Cintra, para o comprimento do encargo nellas
imposto, sem embargo do vinculo anterior da
dita quinta, com que se pertede infirmar a va-
lidade da dita subrogação, por quanto se mos-
tra exceder o valor dos bens adjudicados à*

terça vinculada do defunto Sebastião da Fonseca Barreto, ua quantia de 531U133. nos quaes o vendedor das casas da contendia tinha tambem a parte que lhe tocava como coherdeiro, e lhe estavaão obrigados os ditos bens, em que entrava a quinta subrogada, e nesta parte ficou sendo valida a subrogaçao feita, por naõ poder comprehender o vinculo, mais que a terça do defunto, e quantia della, e naõ o valor dos bens, que mais lhe forao adjudicados, que naõ perderaõ a natureza de livres, por serem pertencentes ás legitimas dos coherdeiros, e muito mais no caso presente, em que o mesmo vendedor era o primeiro chamado para a successão do vinculo da dita terça, em que era necessaria aceitacão sua, e pela subrogaçao ficou declarando naõ ser a dita quinta a propriedade, que nella aceitava, mas antes como livre na parte, em que estava obrigada em commun á torna da sua legitima, ficou sendo valida a subrogaçao feita, e excluida qualquer presunçao, que houvesse na diminuição da supplica, que se fez ao dito Senhor, para se poder subrogar a dita quinta, e venderem as casas, de que se trata, sem embargo do vinculo, a que estavaão affectas, e assim naõ ficou no Alvará da concessão intervindo vicio, que annulla a dita venda, por ficar sendo valida a subrogaçao, e em consequencia a arremataçao das casas, de que se trata, feita por virtude da facultadão do dito Senhor, a que tambem se deve attender para a segurança do comprador, e pelas mesmas razoens fica faltando ao A. o dominio necessário para a reivendicação intentada. Por tanto absolvem ao R. do pedido pelo A. ao qual condenaão nas custas dos autos. Lisboa 7. de Julho de 1676. Pinheiro. Nevaes. Freire.

673 Hæc sententia fundata fuit in sequentiibus deliberationibus.

Authoritas hastæ publicæ non debet de facili convelli, L. si hypothecas Cod. distract. pign. ne publica subhastationis fides subveratur, L. bene á Zenone Cod. quadrienii præscript. L. ratas Cod. rescind. vendit. & facto de polito ex Regii diplomatis mandato, emptor liberatur, Ord. lib. 4. tit. 6. §. 3. quia jus reale in domo radicatum, vel constitutum per sententiam fol 67. sublatum fuit, & cum legitimo contradicente res libera judicata, quæ sententia omnibus successoribus in infinitum præjudicium parit, licet illorum citatio defuisse, Mend. á Castr. 1. p. L. 3 cap. 4 num. 1. Molin. de primog. c. 8. n. 3. Val. de jur. emphr. 9. 10. n. 3. Carvalh. de testam. 2. p. n. 267. Salgad. de reg. protect. p. 4. cap. 14. n. 184.

674 Neque diplomaticis concessio inducta fuit, nisi damnificationis causa, quæ fuit præcipua

concessionis impulsiva, ubi nulla subreptio detegitur. Cæterum dato accideret, quod bona subrogata vinculo subjecta apparerent, prius Actor evictionis jus contra vendedorum, vel subrogantem proponere tenebatur.

Deinde res subrogata quoad maiorem 675 summam subrogationis libera ostenditur, ut solutionis tertiae, in qua summa subrogatio consistere potest, ideo R. absolvendo sententiam revocarem. Ulyssipone 2. Martii 1676. Nevaes.

Ex actis patescit non defuisse solemnitas, quibus bona vinculata á vinculo liberantur; verum tam defecit illa, quæ mihi fuit inter alias principalior, consistit equidem ista in subrogatione; totaliter non deficit, eo quod de facto visitur facta in Villa de Cintra: at vero quid interest; si jam præfata villa alteri vinculo proponitur affecta? dabile sane est, ut ista villa absolute non sit in totum vinculo subjecta, at verum dum id ipsum non clarescit, non audeo decidere quod ædes, de quibus contentio est, sunt liberæ á vinculo: recte igitur appellans actionem realem proposuit; ita judicarem, confirmata sententia optimi judicis cum suis declarationibus, seu reservationibus. Ulyssipone 18. Martii 1676. Doctor Alvarez Coelho.

Quæstio principaliter versatur circa nullitatem subrogationis ex allegata subreptione, sed hæc mihi non probatur; nam primo defectus citationis Actoris tanquam proximioris ad ædium venditionem, ultra quod secundum multorum sententiam non sit necessaria, tenent reiati á Peg. ad Ord. 2. tom. in Regim. Senat. Palat. §. 39 cap. 1. num 35. Illa citatio saltem editalis intervenit, & Actor cum frater vendoris esset; notitiam venditionis habuisse est credendum. Neque secundo, defectus expressionis prohibet alienationis fol. 4. est causa, ut suppressio illa reddat diploma Regium invalidum, cum præcedente informatione emanavit, & cuius virtute Princeps de illa prohibitione sine dubio certus extitit, præcipue quia talis expressio tunc principaliter esset necessaria, quando clausula haberet, ut neque de Principis rescripto ædes possent vendi, ut per Salgad. labyrinth. 1. p. cap. 37. á n. 20.

Neque iterum, & tertio, subreptio detegitur ex eo, quod de vinculo subrogatæ villæ mentio facta non fuit, nam licet agnoscam, quod in tertia testatores vinculum consti- tuere fol. 31. cum adsufficiat, quod dicerent, tertiam vinculamus, ex Castill. lib. 2. cap. 22. num. 2.

Attamen de vinculo villæ subrogatæ non liquet satis, quia quamvis in partitionibus 679

- ad tertiam fuisse accepta fol. 29. aliæ vero res simul tertiae applicatae ibi leguntur, quæ tertiae valorem excedunt cum onere præstationum, de quibus fol. 30.
- 680 Et in his terminis cum omnes illæ res in excessu tertiae vincularæ dici nequeat, nec esset requirebat declaratio vocati hæreditis, & assignatio rerum, quas volebat vinculo subjecere, facto inventario, vel aliter voluntate nuncupata, cum ultra quætitatem tertiae vinculum nequeat extendi, & interim nulla est ratio, cur magis vinculo subjecta dicatur villa, quam ædes, seu aliæ res, quæ tertiae datæ sunt cum præstationibus, de quibus ibi. Et neque ratio prioritatis scripturaræ, cum æque principaliter omnes res in tertiam imputarentur, & præstationes, sive tornas, etiam villam, & alias res æqualiter adstringebant.
- 681 Unde cum primus vocatus simul esset venditor ædium contentionis, & simul subrogator villæ, in eadem subrogatione suam expressit voluntatem, ut in villa non continetur vinculum tertiae, cum aliæ res essent, in quibus completere valeret subsistere, præcipue in ædibus fol. 29. quæ allodiales apparet, & vincentes tertiae valorem.
- 682 Quare non est cur propter vinculum, de quo non appetet, infirmetur subrogatio, quæ lo in villa valet subsistere subrogatio, & simul vinculum tertiae in aliis rebus, sine eo quod ædes valde melioratae Reo auferantur.
- Præcipue cum de jure emptores rerum maioratus venditarum de facultate Principis debent omnem habere securitatem, ut notat videndi Noguerol. alleg. 14. num. 45. Larrea alleg. 75. num. 16. Molin lib. 4. cap. 4. num. 22. quos adducit Peg. supra num. 22. Ex quibus cum primo domino sententia reformarem absoluto Reo. Ulyssipone 11. Aprilis 1676. Doctor Freire.
- 683 Disceptatio hæc apud me dubia nimis est, & omnibus non facile futurum fore existimo resolvere, quænam ex his sententiis verior fit, credere in tamen, dum sequens sapientissimus, & amantissimus Dominus nodum non disolvit, quod juris rigor contra pietatem servandus est. Indubitati juris est, subrogationem unius rei, loco alterius inter alios effectus, hunc præcipuum operari, ut qualitas, quæ ei inest, in rem subrogatam trahat, Surd. dec. 15. & 78. num. 28. & 306. n. 5. & conf. 446. Menoch. conf. 89. num. 65. & 213. num. 30. 52. & 64. Mantic. de conject. lib. 10. tit. 6. num. 18. & de tacit. lib. 25. tit. 5. num. 7. Cumque subrogatio, qua deagitur, facta fuisset in villa alteri vinculo subjecta, sustineri non potest, meo iudicio, non obstan-
- te Regia concessione: nam etiam notissimi juris est, veram, & puram esse debere suppliæ narrativam, Larrea alleg. 91. adeo, ut ad excludendam falsitatem adhuc de re minima mentio facienda est, quoniam ut iste accutissimus vir inquit num. 5. non solum subreptio consideratur, quando non est expreßum, quod poterat concessionem impedire, sed etiam quando prætermittitur, quod difficiliter poterat reddere concessionem, etiam si dicatur, quod si declararetur, Princeps concederet, & hanc sequutus fuit sententiam ex multorum melioris notæ interpretum iudicio, quomodo igitur concessio vigorem habere potest, quando subreptio fuit causa concessionis, & res aliter habenda erat; si verum non supprimeretur: aut dolosus frater (ita illum voco iuxta text. in L. 3. ff. de crim. Stellion) immediato successori præjudicare valet?
- Neque obstat dicere, quod Actor propter non confectum inventarium, hæres fratris est, qui juxta satis notum text. in L. cum à matre Cod. revend. tenetur observare contractum defuncti, cui successit, quippe respondetur, quod non solum hæres, sed filius contra factum patris potest venire, si actus à patre factus fuit nullus, L. quemadmodum Cod. de agricol. & cens. lib. 11. Arstin. conf. 123. num. 7. Gramat. dec. 93. num. 8. Valasc. conf. 190. num. 7. Gam. dec. 67. num. 2. in fin.
- Similiter etiam non obstat, meo videri, quod bona tertiae parentis Actoris applicata excedant illius valorem (dato quod excedant) de quo concludenter non constat, quia hæc consideratio non tollit vitium subreptionis, nec nullitatem venditionis.
- Tandem sibi imputent ædium emptores damnum passum, cum tenerentur indagare, & perquirere, non solum conditionem, & qualitatem vendoris, sed etiam ædium, & vilæ, ut tenet Salgad. in labyrinth. 2. p. cap. 9. à num. 120. qui distinctionem non admittit inter rem, & personam, & optimam præstat rationem num. 121. Ex quibus sic consideratis, & perpensis, sententiam docti judicis cum secundo sapientimo Domino confirmarem. Ulyssipone 16. Junii 1676. Oliveira.
- Mihi quinto loco dictu o tantum superest eligendi facultas, quæquæ enim iuris argumenta, quibus hinc, inde componitur hoc certamen, satis à præcedentibus viris doctissimis demonstrantur discussa, ac DD. sententiis illustrata, non leve certamen puto, sed perpensis maturè documentis, quibus nuntiuntur Actor, & Reus, tertii, & primi domini opinamentum in puncto juris tutius, & secu-

securius existimo, nec contra jus unquam pietate ducar, imo hanc, iniquitatem appellabo, suum enim unicuique tribuetur.

Totum negotii pondus consistit in defec-
tu citationis Actori non factæ, utpote im-
mediato successori ad venditionem ædium
vinculo subjectarum celebrandam, & in sup-
pressione vinculi, cui subjacebat subrogata
villa: cætera namque quoad læsionem, mini-
me probantur, quoad alia, parvi momenti
sunt.

Quoad citationem, verum est frequentio-
ri DD. placito necessariam esse, eo casu quo
læditur immediatus successor, & ex Principis
gratia aliquod nocumentum ei infertur,
multi tamen dantur casus, in quibus ejus de-
fectu Principis indulgentia non vitiatur, ve-
luti quando successor contradicendi non
posset aetum impeditre, vel nihil possit oppo-
nere, quod proficeret, vel quando plena præ-
cessit ante concessionem informatio, ut sig-
nanter diffusa DD. copia firmat, *Castill. tom.
3. controv cap. 28. num. 13. Molin. de primog.
lib. 3. cap. 3. num. 23.* At in præsenti plena se-
mel, atque iterum præcessit informatio, tam
ad venditionis facultatem, quam ad subroga-
tionem faciendam, ut legitur fol. 46. igitur
ex hoc defectu irritari non debet præstita
facultas, eo maxime cum sit indubitate apud
Judicem informantem debuisse constare per
justificationem de causa, qua impetrabatur
gratia ad ædium venditionem, non obstante
vinculo, cui subjiciebantur, & adhuc justa
illa causa ex hoc processu detegitur, quia in
adjudicatione subrogatæ villæ fol. 29. jam fa-
tetur, illam esse deterioratam. Posset Actor
opponere prædictam villam subrogatam
vinculo esse pariter affectam, ac ea propter
in ea suum non posse subrogationem fortiri
effectum: sed haec contradictione meo videri
parum proficeret, neque Principis indul-
gentiam retorqueret, quia ex eodem net do-
cumento ab ipsomet Actori producto con-
stat ejus præmortuum fratrem, qui ædes
vendidit, & villam subrogavit, patris utrius-
que heredem extitisse, & tertiae vinculatae
successorem, & cum ipsiusmet tertiae adjudi-
carentur bona ultra ejus sortem (qua ratio-
ne nescio) haec ad legitimam pertinebant, &
vinculo minime subjiciebantur, immo subro-
gationi in excessu nullum dabatur impedi-
mentum, præcipue cum ipsemet vendor
fuisset, tam legitimæ, quam tertiae successor, &
hoc modo voluntatem suam declararet, ut
optime advertit eximius Collega, ac sapien-
tissimus Magister tertio loco deliberans, qua-
re non potest dici, quod Principi veritas
fuisset suppressa, & ob id Regia concessio-

inanis, nam cum pecuniaæ quantitas legiti-
mæ debita à vinculo fuisset separata, & idem
met vinculi successor, & legitimæ creditor
supplicationem faceret, quis ambiget, quod
voluntatem suam clare non aperiret, & jux-
ta formam addictionis, in qua bona in com-
muni tertiae adjudicata erant adstricta, vil-
lam subrogationi supponeret: his omnibus,
& aliis à tertio domino eleganter ponderatis,
subhastationem validam dicere, & judicis
sententia reformarem. Ulyssipone 7. Julii
1676. Pinheiro.

Et quid si possessor maioratus fuerit malus 688
administrator, & dissipator, an competit actio
cōtra eum, vel debeat statim privari? Diximus
tom. 4. ad Ord lib. 1. tit. 62. §. 50. Et vide sen-
tentias sequentes.

No feito de Beatrix Pouzada contra o 689
Provedor, e Irmaõs da Misericordia da Ci-
dade de Lagos, Escrivaõ Lourenço Correa
de Torres, se deo a sentença seguinte.

Acordaõ os do Dezembargo, &c. Naõ be-
bem julgado pelo Provedor em privar a ap-
pellante dos bens, de que se trata, e em os
julgar á casa da Misericordia appellada, re-
vogando sua sentença, vistos os autos, e como
os ditos bens saõ vinculados pelo defunto, e
feito nelles morgado em razão do que, naõ pô-
dem entender os Provedores nelles, senão jó-
mente pôdem prover acerca do cumprimento
das obras pias delle, nem outrossim os bens del-
le naõ pôdem ser applicados á Misericordia
appellada, senão depois da falta dos chama-
dos na instituição, nem outrossim constar, que
a R. fosse notificada, e ajuizada para a pri-
vaçao dos taes bens. Mandaõ, que o dito Pro-
vedor naõ prive a appellante dos ditos bens,
e mandaõ seja conservada no dominio, e
posse delles, com declaraçao, que o Provedor
tomará cōtas dos encargos pios aos possuidores
delles, e fazerlhe dar cumprimento aos dei-
xados pelo instituidor em seu testamento. E
condenaõ aos appellados Provedor, e Irmaõs
da Misericordia nas custas dos autos. Lisboa
10. de Junho de 1655. Andrade. Doctor Ve-
lasco. Pinto.

Haec sententia fundata fuit in sequentibus 690
deliberationibus.

Certum est de jure communi Civili, Ca-
nonico, & Regio, quod administrator, seu
executor testamēti non adimplens disposita
à defuncto, privatur emolumento hereditati-
s, seu reliqui, ut de jure Civili sunt text. in
Auth. hoc amplius Cod. de fideicom. Auth. de
hereditib. & Falsid. §. si quis autem non im-
plens, & §. illud quoque, & §. si autem qui hoc
facere intendit. Anth. de ecclesiasticis titulis
collat. 1. & 9. & de jure Canonico cap. 3. cap.

Tractatus de Exclusione, Inclusione,

540.

si hæredes de testamento. & de jure Regio Ord. lib. 1. tit. 62. §. 50. & 51. Cæterum hæc privatio nullatenus induci potest, nisi præcedenti admonitione facta à judge, ut in dictis iuribus, in quibus etiam duplex admonitio desideratur, & ita supplenda, & intelligenda est Ord d. §. 50 ibi: Os suspenderão, e lhe tirarão tudo de poder. Nempe præcedente admonitione; rursus privatione interveniente deferuntur bona substitutis, d. Aut hent. hoc amplius vers. hoc autem, ibi: Defertur primo substitutis. Quare cum in proposito catu, nec præcesserit admonitio à Provisor facta, & inaudita appellante, & non admonita ad privationem processerit. Deinde in h. c administratione dentur substituti, nullatenus poterat, nec privationem administrationis Capelæ indicere, nec si alias potuisset, bona erant applicanda Confraternitati Sanctæ Misericordiæ, sed primo substitutis: quibus omnibus deficientibus illa vocata reperitur, siveque ex prædictis, omissis aliis à docto Patrono allegatis, Provisor indubitanter venit revocandus. Ulyssipone 20. Maii 1655. Circa onera vero injunctafiat ratiocinii citata, & audita de jure suo appellante, ut quidquid non adimpletum apparuerit, solvatur. Die ut supra. Doctor Valascus.

691 Placet cum sapientissimo domino judicatum revocare circa ammissionem honorum, & ut ratiocinia fiant in forma Ord. lib. 1. tit. 62. §. 52. Ulyssipone 13. Junii 1655. Pinto.

692 Et quando dicatur institutus, & electus, & competat reivindicatio pro bonis pertinentibus ad maioratus successeorem per nominationis viam, judicatum fuit in causa seq.

693 No feito de Antonio Rodrigues com Diogo de Brito de Castanheda, Escrivão Lourenço Correa de Torres, se deo a sentença seguinte:

Vistos os autos, libello do A. Antonio Rodrigues Certão, contrariedade do Reo Diogo de Brito, e mais artigos recebidos, testamentos, cartas de venda, certidões, inquirição de huma, e outra parte, e mais documentos juntos, Mostrase por parte do A. que Margarida Nogueira instituiu húa Capellana na Igreja do Salvador desta Cidade com encargo de seis missas, e chamou por administrador della a seu enteado Estevaõ Lourenço Corso mandando, que seus bens se vendesssem, e se comprassem propriedades para a dita Capella, e entre as que para ella se compráraõ, foy hum Ferregeal junto a Rio Verdeiro que parte com a borta de Digo Rehelo, e estrada do Canal, e Ferregeal do Padre Bartolomeu Mestre: o qual o Reo está possuindo sem titulo,

que valido seja, porque o dito Ferregeal be de Capella pertencente á mulher delle A. Lenha da Cruz, visto que por morte de Estevaõ Lourenço Corso vejo a dita Capella ao Paare Thomás Martins, e por morte delle a sua irmã Maria das Neves, por cujo falecimento vejo a pertencer á mulher delle A. e por assim ser posse elle A. e a dita sua mulher a outra propriedade, que se comprou tambem para a dita Capella, e he hum olival a Val de Guieiro. Mostrase outrossim, que o dito Padre Thomás Martins sendo possuidor do dito Ferregeal, o vendeo a Francisco Lopes Cunqueiro, sogro do Reo, e por sua morte o possuiu Lourenço Lopes Cunqueiro, e agora está o Reo de posse delle, e por assim o haver vendido o dito Padre, declarou em seu testamento, que o dito Ferregeal era de Capella, e pedio, e deixou por obrigação a sua irmã Maria das Neves, e a seu sobrinho Gaspar Fajão, que dessem os trinta e tantos mil reis, porq o bavia vendido, e annexouse o dito Ferregeal outra vez á dita Capella. Mostrase finalmente, que contra elle Reo, e sua mulher não tem corrido o legitimo tempo de prescrição. Por parte do R. se mostra que o Ferregeal, de que se trata, não be pertencente á Capella instituida por Margarida Nogueira, antes depois da instituição a alguns annos comprou Estevaõ Lourenço o dito Ferregeal ao Padre Manoel Cordeiro, e fazendo e partilhas por morte do dito Estevaõ Lourenço, requereu em elles o Padre Thomás Martins seu filho pagamento de 24U900. que o defunto seu pay estava devendo de resto do preço dos bens moveis dos ditos instituidores, que tinha obrigação empregar em bens de raiz para a dita Capella, e deferindose ao dito requerimento, forão apartados os ditos 24U900. em o dito Ferregeal que estava avaliado em 31U. e em virtude desse pagamento não ficou o dito Ferregeal sendo de Capella, por quanto era necessário que os herdeiros de Estevaõ Lourenço trespassassem o domínio do dito Ferregeal no sucessor da Capella, o que não houve, porque o administrador da dita Capella era acreedor nos bens de Estevaõ Lourenço dos ditos 24U900 que se lhe devia pagar dos ditos bens, para os empregar em bens de raiz para a dita Capella, e pelo pagamento, que fez no dito Ferregeal não ficou o domínio delle no dito sucessor, antes ficou nos herdeiros de Estevaõ Lourenço, e era necessário que houvesse venda solenne com pagamento de siza, pois se trespassava o Ferregeal de huma pessoa a outra Mostrase, que o Padre Thomas Martins vendeo o dito Ferregeal por livre, e izento a Francisco Lopes Cunqueiro, sogro delle Reo, o qual o possuiu e seu

seu filho Lourenço Lopes Gunqueiro, e ultimamente o possue elle Reo por via de sua mulher Dona Leonor Serraõ, filha, e irmã dos sobreditos, e o possuirão sem contradicção alguma, sendo todos moradores nesta Cidade, aonde sempre tambem moráraõ o dito Padre Thomás Martins, e sua irmã Maria das Neves, e Gaspar Fajaõ sogro do A. o qual tambem vive, e viveo sempre nesta Cidade, pela qual razão, dado que fora de Capella, estava prescripto o dito Ferregeal por ser posseido com titulo, e boa fé por tantos posseidores, e tantos annos como livre: e bem assim não tem direito contra elles Reos, por quanto dado que a Capella de Maria Nogueira lhe pertenceſſe, sómente tinhaõ o A. e sua mulher direito para cobrarem dos bens do Padre Thomás Martins os ditos 24U900 para empregarem em huma propriedade para a dita Capella. Mostrase finalmente, que ha setenta annos, que o dito Ferregeal foy vendido, e val hoje mais de 80U O que tudo visto, e o mais que dos autos consta disposição de Direito, conforme ao qual para se julgaré instituidos morgado, ou Capella, basta, que o instituidor diga que institue morgado, ou institue Capella, sem que seja necessário fazer as mais declarações, que saõ da natureza do dito morgado, ou Capella, porque debaixo de cada um destes nomes se entendem todas as classulas, e requisitos pertencentes à natureza de morgado, ou Capella; e bem assim para os dizes morgados, ou Capellas serem da nomeação, basta que o instituidor dé a faculdade de nomear ao primeiro instituido, porq' essa mesma faculdade se julga repetida, e concedida aos mais sucessores: e como no caso presente, de que se trata, confia pelo testamento, e sentença fol. 26. que Margarida Nogueira instituiu Capella de alguns de seus bens, cõm obrigação de missas nomeando por administrador della a seu marido Luis Rodrigues Corso, e concedendolhe faculdade de nomear por sua morte a hum de seus filhos, termos em que os ditos bens ficáraõ sendo de Capella de nomeação, e inalienaveis, e como o Ferregeal da contenda foy adjudicado á dita Capella nas partilhas, que se fizeraõ por morte, e falecimento de Estevaõ Lourenço Corso, filho de Luis Rodrigues Corso, que foy o instituidor com faculdade de nomear ao dito seu filho, ficou o dito Ferregeal participando da natureza dos mais bens vinculados, e sendo inalienavel, e pela dita adjudicação se abdicou o dominio, que os mais herdeiros filhos do dito Estevaõ Lourenço tinhaõ em o dito Ferregeal, e se transferio só para o Padre Thomás Martins, filho do dito Estevaõ Lourenço, acujo que-

rimento se fez a dita adjudicação, como tudo consta da certidão fol. 35. o que se corrobora pelo testamento do dito Padre Thomás Martins fol. 26. em o qual declara ser o dito Ferregeal de Capella, que elle vendéra por sua muita necessidade, e miseria, como da carta da venda consta fol. 59. pedindo por essa razão a sua irmã Maria das Neves, a quem nomeou nos mais bens da dita Capella, tirasse o dito Ferregeal, dando o preço porque fora vendido, e o annexasse outra vez á dita Capella: e bem assim se corrobora ser o dito Ferregeal de Capella pela certidão do Tombo das Capellas da dita Igreja do Salvador fol. 5. em o qual se acaba tombado, e obrigado á missas o Ferregeal da contenda, e como pela escritura do dote de casamento, que em Direito he favoravel, se prova afol. 74. que Maria das Neves, irmã do dito Padre Thomás Martins, nomeou todos os mais bens pertencentes á dita Capella em sua sobrinha Elena da Cruz, filha de Gaspar Fajaõ sobrinho do dito Padre Thomás Martins, como no dito testamento fol. 16. elle declara, para efeito de casar com o A. como de presente está casada, e de posse dos mais bens da dita Capella, e contra elle dito A. e sua mulher não tem corrido legitimo, e cabal tempo de prescrição do dito Ferregeal da contenda. Por tanto, e o mais dos autos, julgo a dita Capella por de nomeação, e que o Ferregeal da contenda he annexo a ella, e não podia ser albeado pelo dito Padre Thomás Martins, e que pertence ao A. e sua mulher, a quem mando, que o Reo o restitua, abrindo mão delle, e largando ao dito A. pelo modo que em seu libello o pede, por não ter direito em elle o dito Reo, nem seu filho herdeiro habilitado de sua māy Dona Leonor. E restituirá os fructos da lide contestada em diante jõemente. E pague o dito Reo as custas, em que também o condeno. Beja 30. de Outubro de 1675. Francisco Guerreiro Leitão de Aguiar.

Hac sententia fundata fuit in delibera- 694
tionibus sequentibus, cum ab ea appellaretur ad Supplicationis Senatum, ubi fuit confirmata à Judicibus Pereira. Pinheiro. Lopes Oliveira.

Utiliter sane oleum, & operam impen- 695
dit appellantis patronus fol. 102. dum sententiam anno 1583. legitime latam, vocatis omnibus iis, ad quos negotium tum temporis tetigit, impugnare intendit; inutilius tam maioratus, seu Capellæ vinculum, quod sententia ipsa stabilitum est, infringere satagit: quibus suppositis, Judicē atque Auditorem laudare, atque amplecti indubium equidem videtur. Actori namque ius vendicandi prædium maioratui subjectum competere

planum est; cum ejusdem maioratus ex legitima nominatione, ac electione possessor sit, cum tamen alias sufficiat, dumtaxat, esse in administratione, & possessione maioratus, licet non sit verus; nec legitimus administrator; ut possit agere pro rebus maioratus vendicandi, *Valasc. consult.* 194. à n. 27. & *conf.* 195. per tot. *Salgad. iu labyrinth. creditor.* p. 2. cap. 12. num. 82.

696 Prædium autem, de quo agitur, maiorati annexum esse aperte constat ex instrumentis fol. 6. objecta autem præscriptio evanescit ex traditis per *Pereir. dec.* 52. *Castilb. controv. lib. 5. cap. 93. §. 8. Carvalb. in cap. Raynald.* p. 2. à uum. 389. Ulyssipone 15. Junii 1678. Lopes Oliveira.

697 Clara mihi videtur Actoris justitia, cum de nullitate venditionis prædii, de quo agitur, aperte constet, propter vinculum, cui subiectiebatur, & præscriptio Reo non possit esse proficia, eique tantum jus reservarem ad pretium repetendum ex hereditate vendoris. Ulyssipone 26. Junnii 1678. Pinheiro.

698 Etsi adjudicetur in partitionibus bona maioratus, non habet locum executio partitionis contra successorem, nec contra eum competit reivindicatio prætextu adjudicationis ut judicatum fuit in causa, de qua *tom. 7. in comment. ad Ord. tit. 87. §. 1. num. & seqq.* De qua re vide etiam sententiam seq.

699 No feito de Dona Magdalena Antonia da Sylva, Escrivão Joseph Coelho de Castro, no Juizo dos Orfaos, se deo a sentença seguinte.

Acordaõ em Relaçao, &c. Recebem os embargos, e os julgaõ por provados, e revogando o Acordaõ embargado. Deferindo ao agravo: Aggravada he a supplicante pelo Juiz dos Orfaos em lhe naõ deferir a seu requerimento. Provendo em seu agravo, vistos os autos, e como ao Juiz das partilhas naõ tocava o adjudicar aos herdeiros aquelles bens, que naõ pertencem á partilha, como saõ os vinculados, termos em que a elles a sentença de partilha se naõ estendeo, e assim a execuçao da dita sentença se naõ podia extender aos taes bens, maiormente havendo bemfeitorias, e naõ sendo notificada a supplicante, nem assinados os dez dias da Ley. Mandaõ, que o Juiz lhe desira ao requerimento, mandando-a restituir á sua posse. Lisboa 30. de Abril de 1685. Almeida. Pereira. Basto.

Et in partitionibus ad petendam annexationem tertiaz, ad hoc ut bona ad illius satisfactionem adjudicentur, competit actio successori, aut postessori maioratus, non obstante lite orta super maioratus successione, & po-

test admitti, non obstante contradictione uxoris postessoris, quæ assentit prius ordinarie convenientiam esse, ad hoc ut resolvatur, an tertia omnis annexanda veniat duobus maioratibus, qui habent clausulam annexandam unicuique illius medietatem, ut dictum fuit in causa D. Maria Jotepha cum D. Magdalena Maria de Tavora apud Notarium Miguel de Abreu Couceiro.

Et quid quando bona vinculantur, & contra quem competit actio pro erectione Capellæ, judicatum fuit in causa seq.

No feito de Balthasar da Cunha com o Doutor Manoel Carvalho, Escrivão Lourenço Correa de Torres, se deo a sentença seguinte.

Vistos estes autos de testamento cerrado, cõ que faleceo o Padre Fr. Pedro Dias Manjo, Cura da Igreja de Bembelide, termo da Villa de Avis. Mostrase, que depois de haver disposto para o bem de sua alma, e deixar legados, instituo por seu herdeiro a seu sobrinho Balthasar da Cunha, e que a tal herança, que assim lhe deixava, como deixou, foy com obrigaçao de missas, e Capella inalienavel, e se mostra deixar por seu testamenteiro ao R.o Doutor Manoel Carvalho Viegas com toda a faculdade, e poder de comprar fazendas para o dito vinculo, e Capelia, confiando delle seus bens moveis, e dinheiro. Mostrase, que o R. aceitou o officio de testamenteiro, e deo satisfaçao aos suffragios da alma do testador, e legados, que deixou, e todo o requerimento, e auçaõ do Procurador dos Resíduos, e do herdeiro do testador, he sobre o cumprimento da Capella, e compra das fazendas vinculadas, que o testador deixou se cumprisse, e atombasse com a brevidade possível: ao que o R. nam tem dado cumprimento, antes se ha bavidio com grande omissaõ, e descuido, deixando passar sete annos contados do tempo, que faleceo o testador falecido em o mez de Outubro de 1663. Mostrase, que nas ultimas contas, que se tomáraõ, ficou alcançado, e convencido em 555 U468. os quaes se offerece entregar, e pagar em fazendas delle Reo, com fundamento de que o testador assim o declarara, e mandara: e porém nem o testador o dispôz no testamento, nem no codicillo, que depois fez, e só o Taballiao no instrumento da approvaçao o declara, e que o dispuzera solemnemente sempre se entendia de fazendas livres, e naõ foreiras, como o R. confessou no termo das ditas contas. O que assim visto, julgo, declaro, e mando ao Reo, que dentro de quatro mezes compre fazendas livres a contento do herdeiro, e Procurador dos Resíduos, até onde chegarem os 555 U468. que

que está a dever, e tem em si pertencentes á Capella, e não dando cumprimento nessa forma ohey por removido do dito officio de testamenteiro, para perder o negro, e mulla, que lhe foy deixado no testamento, e entregar sempre neste juizo a dita quantia, que tem em si, e será notificado Balthasar da Cunha administrador desta Capella, para que no dito tempo de quatro meses entregue ao dito Manoel Carvalho Viegas 204U980 que tem em si, e 63U800. que era obrigado cobrar dos devedores na forma dos termos das contas porque tambem nestes o condono, e passado o dito tempo fique privado da administração, façamse os secretos, e embargos necessarios em todos os bens da Capella, para que o Escrivão destes autos dará vista ao Procurador dos Resíduos. Evora 9 de Dezembro de 1670. Antonio de Lemos da Rosa.

702 Ab hac sententia fuit appellatum ad Suplicationis Senatum, ubi lata fuit sententia sequens.

Acordaõ os do Desembargo, &c. Bem julgado he pelo Provedor da Comarca de Evora, confirmaõ sua sentença por alguns de seus fundamentos, e os mais dos autos, com declaração, que querendo o appellante vender alguns de seus bens livres, para se annexarem á Capella, o poderá fazer na forma q̄ dispõem o instituidor, e não os tendo, dos de prazo perpetuo, com licença do direito senhorio. E condenaõ ao appellante nas custas. Lisboa 3. de Novembro de 1671. Doutor Coutinho. Doutor Gouvea. Pereira de Sousa.

703 Hæc sententia fundata fuit in sequenti deliberatione.

Sententiam Provisoris confirmarem quo ad qualitatem bonorum, neque declaratio codicillis facta in appens. fol. 8. intelligenda est, nisi quando appellans non haberet bona libera eodem modo, quo disponuerat testator de emptione bonorum, ad quam prius de bonis liberis, & his deficientibus, de emphyteuticis perpetuis cautum reperitur. Cum igitur appellans libera bona habeat, si voluerit stare voluntati defuncti, & bona propria vendere, prius libera vendere debet, & si non sufficient, tunc ad emphyteutica perpetua recurrentum erit, interveniente consensu directi domini, Pereir. dec. 26. quoad cætera in pecto actorum tenore, & attenta qualitate piz causæ sententiam approbarem. Ulyssipone 8. Junii de 1671. Pereira de Soufa.

Hocmet ipsum fuere opinati Judices D. Gouvea, & D. Coutinho.

704 Et si vinculatur bona emphyteutica, an iustineatur vinculum, & competit actio rei-

vendicationis pro fundo emphytentico consequendo, diximus supra Cap. 4.n. 90 & seqq. Et vide sententiam seq.

No feito de Dona Catharina Sobrinha 705 contra o Capitaõ Joseph de Valdevinos, Escrivão Lourenço Correa de Torres, se deo a sentença seguinte.

Acordaõ os do Desembargo, &c Naõ bem julgado pelo Juiz, em haver por nulla a venda dos moyos, de que se trata, revogando sua sentença, vistos os autos, e como a herdade em que forao vendidos os ditos moyos era foreira, e como tal, conforme a melhor opinião, e mais seguida, e praticada em este Reyno se naõ podia unir a morgado, sem prececer licença do direito senhorio, o qual jõmente deo licença para se poderem vender os ditos moyos de trigo meados, levando da dita venda o seu laudemio, com o que tómente foy visto consentir, e naõ para se unir a dita herdade em morgado, ainda que fosse constituido em contrario dotal, e naõ ser declarado na dita venda ser a mesma herdade dotal, antes sómente foreira, e como tal se haver o consentimento do direito senhorio, no que também couve dolo cometido da parte dos vendedores, já ra naõ poderem vir contra a dita venda. Absolvem ao R. do contra elle pedido por via da auçao intentada. E condenaõ a appellada nas custas dos autos Lisboa 11 de Janeiro de 1652 Gama. Pereira. de Azevedo.

Hæc sententia fundata fuit in sequentibus 706 deliberationibus.

Emphyteusim etiam perpetuum non posse sine domini consensu maioratu vinculari jam apud nos increbuit, ut per Phæb. dec 5. num. 4. Carvalb. in cap. Raynald. p 2 num 315. ex adductis à Pereir. de Castr. dec. 26. an. 2. & 11. num. 7. de praxi contraria non diffitentur, deinde & nuntiationes fieri domino, quando emphyteusis in dotem conceditur ab emphyteuta, Ordin. nostra probat lib 4. tit. 38 in princip. ibi: Todavia lho fará a saber: quam restringere ad dotes factas extreñis non placet, ut Senatui placuit teste Gam de cis. 116. num. 4. & dec. 242. & tenet Cald. de extinct. cap. 10 num. 31. quod in terminis nostris videtur sentire Valasc. de jure emphyt. q. 14. num. 10. ubi sic etiam judicatum refert. Plane nec in maioratus institutione, nec in dote, de quibus in instrumento à fol. 6 domini directi istius prædii nuncupati dos Bernardos, aslensus, vel scientia reperitur: ergo illis non obstantibus alienaciones postea subsequutas de domini beneplacito sustineri oportet, & RR. absolví à petitis, ut doctus illorum Patronus desiderat, isti hæc eruditæ allegant.

Né-

707 Neque oberit, quod defectus consensus domini à solo domino allegari valet, in cuius voluntate est, maioratum probare, dotem ratam habere, unde Rei allegare videntur jura aliena, & super illis non audiendi, ex vulgaris regula text. in L. loci corpus §. competit ff. si servitus vendicetur: quia responderi potest dominum jam explicuisse voluntatem suam, & dissensum, tam super maioratu, quam super dote, quando alienationibus subsequitis consensum præstítit, laudemium recepit, & emptores emphyteutas agnoscit, ut constat ex instrumentis à fol. 22. unde Reis licuit allegare illius jura, quando sunt exclusiva juris agentis, ex L. finali ff. si ager vettig vel emphyt. potest enim emphyteuta aliegar eus domini directi, saltem quando illius adegit consensus, ut in præsenti, Bartol. in L. 2. n. 1. ff except. rei judicat & post Alex. & Jason. quos refert, resolvit Thesaur. dec. 4. num. 3. Facit, quod etsi citra veri præjudicium daremus maioratum, dotem agnoscere mus, tamē cum ipsa Actrix cum marito, & matre vendiderit, & illorum hæres probetur, & hæreditatem adjicie ex habilitatione, de qua per testes deponentes ad secundum, & quartum contrarietatis articulos, de evictione teneri dubitare non possumus, ac proinde exceptione repellendam, ex L. vendicantem ff. evictionib. quam & ad hæredes extendit text. in L. sive possessio, ubi Salicetus Cod. evictionibus: explicat Gusman. de evictionib. q. 38. n. 8.

708 Neque obstat Actricem hæredem quidem fuisse, sed cum beneficio inventarii, unde videbatur ex persona propria posse alienationes nullas aslerere, & redditur alienatos vendicare: quia id verum fatremur, si in hæreditate non reperirentur bona æquivalentia, secus vero dicendum omnino, si tota bona in hæreditate fuerint, quæ pretium, & estimationem reddituum venditorum æquare possent: explicat Mangil. de evictionib. q. 54. num 4. Plane nec Actrix probat inventariū fecisse, ut cum iudicio advertit eruditus Patronus, & quamvis testes illius deponentes ad tertium libelli aslerant, bona non suisse sufficientia ad dotem integrandam, id non per testes probandum erat, sed per ipsummet inventarium, & Judicis decretum; cum enim in dote includantur redditus, de quibus contenditur, illud omnino specialiter erat docendum, bona inventario descripta non sufficere ad dotem integrādam ultra hos redditus, quod nullatenus ostenditur: præsumitur enim hæreditas solvēdo, donec producatur inventarium, per quod appareat de contrario, Auth. de hæredibus, & falsid. §. san- cimus, Nata consil. 258. num. 9. Cyriac. con-

trov. 275. num. 7. ubi in istis terminis tenebantur hæredem cum beneficio inventarii approbare factum defuncti, cum Surd. conf. 7. n. 34. Phanucio, & aliis resolvit num. 7. quibus addo Valasc. consult. 52. num. 44. de cōmuni testificantem, & Cancer. var. 3. cap. 2. de inventario num. 175.

Omito, quod etsi vere, & valide maioratus institutus probaretur, cum ipsa Actrix simul cum marito vendiderit, ipsa non debet admitti ad revocandas alienationes, dum alii reperiebantur, ad quos successio post illius vitam deventura erat, ex Molin. de pri-mogen. lib. 4. cap. 1. num. 16. Barbos. in privat. schol. ad L. filius fam. §. divi ff. legat. 1. sub gloss. 2. L. cum pater §. libertis ff. legat. 2. & ialtem in vita ipsius venditicis sustinenda erat alienationes, ut passim videmus sustineri. Ab solvantur igitur Rei à petitis, Judice revocato. Ulyssipone 8. Decembris 1671. Perreira.

Non est adeo facilis meo iudicio hujus processus decisio, visa facti varietate, ac juris censura. Constat in facto, quod matrimonio contracto per dotem, & arrhas, prædiūm, de quo contenditur, insimul cum aliis bonis in dotem datis dupli sub vinculo in maritum translatum fuisse. Primum, ut oneri maioratus subjiceretur, ut fol. 9. Secundum, ut bonorum dotalium naturam retinere, ut fol. 12. nec quoad maioratus vinculum domini directi adfuit consentius, nec dotis notitia ei data fuit, utroque vinculo sperto dotatrix anno 1628. unum magnum modium tertii in eodem prædio cum domini assensu vendidit, ut fol. 32. dotati postea anno 1631. duos in eodem prædio modios venundarunt dato domini directi consensu, ut fol. 45. ac nunc post mariti dotati obitum uxor trium modiorum censum libetum esse conatur, tum virtute maioratus in prædio adjecti, quam virtute dotis, cujus ratione mansit inalienabile.

His sic de facto distinctis, ac prælibatis, quamvis mihi semper nimis dubia visa fuerit distinctio insignis Barbos. in privatis ad d. L. filius fam. §. Divi ff. leg. 1. dum inter censem perpetuum, ac ad vitas distinguendum existimavit, veriorque sit praxis in distinctione denegans, emphyteutica bona maioratu subjici posse, ut bene probat præcedens dominus, eaque de causa maioratus vinculo prædiūm, de quo agitur, inconsulto domino subjici non posse existimem, Actricēque hac de causa actione destitutum dicarem: tamen dum dotis prætextu alienationes rescindere conatur, ut in libello fol. 3. meo iudicio bonam causam fovet. Licet enim in contractu dotalitio

Successione, & Erectione Maioratus, Cap. VI.

545

dotalitio hujusmodi clausulæ domino directo notio data non fuerit, servata forma Ord in 4. tit. 38 §. 2. ibi: *E todavia lbo fardaber*; tamen verius semper mihi vitum fuit hujusmodi legem in dote filiæ datae locū habere non posse, ut iudicatum ait Gam. dec. 233. num. 2. Cabed. dec. 104. Valasc consult. 113. num. 20. Nec hucusque audivi, quod ea de causa dotalitius contractus annullaretur, aut bona in dotem data sub hoc prætextu commissi pœnæ subjicerentur, quod hic multo maiori jure procedit, ubi dominus directos pensiones à dotato accepisse credendus est per spatum 10. annorum, quod sufficit, ut consensus præsumatur, ex text. in L. si filius Coa de præscript hæred. in specie Gam. d. dec. 233. num. 3. & à fortiori quando non constet, quod ipse hujusmodi jure uti valeat. Imo ex taciturnitate, siquæ fuit, caducitas remissa censeatur, iuxta ea quæ ad intentum Gam. d. dec. 233. num. 3. late Cyriac. contr. 266. à num. 10. cum seqq. Si ergo hujusmodi bona non obstante defectu alienus dominii directi dotalia remanent, ac uxori restituenda post mariti obitum insimul cum promissis, ut fol. 11. tam alienatio unius modii facta à dotatrice inconsultis dotatis, quam postea facta ab eisdem, nulla omnino extitit ex prohibitione legis, quæ nec de consensu uxoris id admisit, L. unica §. Et cum Lex Cod. rei uxoriae ait. cum similib. optimè insignis Barb. ad intentum in L. 2. p. 5. num. 7. ff. solut matrim. & vulgare est, imo adeo est invalida alienatio, ut ipse maritus constante matrimonio contra proprium factum potuisse alienationes vendicare, ut post Barb. & multos alios notat Aug. Barb. in L. unic. §. Et cum Lex num. 20. & à fortiori uxor, ac ejus hæredes, ut eleganter notat Valasc. omnino videndus consult. 190. per tot quem refert, & sequitur Aug. Barb. in L. cum à matrem 17. Cod. reivind. ac consequenter ex hoc capite Actrix in hoc processu alienationes rescindere conatur magno sub juris foemento.

Neque obstat, quod respectu duplicitis modii Actrix proprium factum impugnat, ac mariti hæres inventur ex certitudine fol. 11 pecuniam ex venditione redactam in casali consumptam esse; nam cum factum nullum sit, illud licet impugnare valet iibi dicta, licet hæres sit defuncti, ut est communis sententia, de qua Gam. dec. 222. num. 4. Valasc. supra num. 7. August. Barb. in L. cum à matre num. 15. Cod. reivind. & solum facto inventario tenebitur pro ea quantitate, quæ ad ejus manus devenit, Peregrin. de fideicom. art. 33. num. 13. cum multis notat Augustin.

Barb. supra num. 27. immo & quamvis pecunia in domus sustentatione fuerit consumpta, non ideo fit præjudicium dotis restitutio- ni, juxta ea, quæ Gam. dec. 200 eleganter omnino videndus Valasc. saepissime judicatum dicens de part. cap. 23. num. 7. quæ omnia saltem altiorem indaginem requirunt, interim que intentata actio in actis, ac in jure probata victoriam promittit.

Ex quibus Judicis sententiam confirmatione dignum censeo sub reservationibus, quoad pecuniam, quæ pro pretio venditionis data fuit contra Actricem, si vel nomine proprio, vel ut mariti, aut matris hæres ad id de jure teneatur. Ulyssipone 17. Decembris 1651. Dector Carneiro.

Uterque dominus, qua dexteritate solent, Actoris, & R. jus exhaustierunt, nil indisputatum relinquentes. Ego viso processu, & his, quæ late, & eruditæ allegantur, primi domini sententiam amplectendam vellem, cæteris rejectis; moveor, quia Actrix is maritus, & matris hæres nominatur, de quo non est apud litigantes litigium, ex quo fit, quod etiam si fateamur, quod ipsorum valeat factum impugnare ex propria persona, quando illud nullitatis labore assurrit feritum, Cæsar Barz dec. 42. & dec. 46. Surd conf. 237. num. 21. quos refert, & sequitur Cancer. lib. 3. variar. cap. 2. num. 177. Pinel L. I. p. 3. num. 81. Cod. bon. mater. Valasc. conf. 52. n. 44. tamen hoc non tollit, quod hæres impugnans factum defuncti nullitate denigratum ex hæreditate sibi delata, & acceptata, tenetur de evictione, ut est vulgatum. Cum enim illius repræsentet personam, debitum ob male alienatam rem tenetur persolvere, ex vulgata L. unic. Cod. act. ab hæred. & contr. hæred. L. 2. Cod. hæred. action. nec ab hac generali dispositione liberabitur A. ex eo quod sit hæres ex beneficio inventarii, quia ut primo domino placuit, de inventario non constat, interim hæreditas præsumitur solvenda, ex quibus, & aliis doce consideratis, ego judicem revocarem. Ulyssipone 19. Decembris 1651. Azevedo.

Etiam cum proximo domino magis placet prima sententia, & mihi sufficit dolus commissus ab ipsa venditrice, nam in venditione non fuit declaratum fundamentum, in quo venditi sunt magni modii, esse dotalem, sed solum inalienabilem, quia ipse fundus erat emphyteuticus, propter quod petitus fuit à domino consensus, qui præstitus inventur, & sic stante dicto dolo in præjudicium venditicis sustinenda videtur venditio, ex his, quæ eleganter Barb. 5. p. L. 1. num. 43. vers. prædictam igitur conclusionem, & num. 45. ff. solut.

Zzz

solut. matrim. Cum etiam judicem revocare abique disputatione, & intelligentia Ordin. lib. 4. tit. 38. §. 2. Ulyssipone 7. Januarii 1652. Gama.

715 An, & quando probetur bona esse majoratus, & dominium institutoris, ad hoc ut competit reivendicationis actio, vide sententiam seq.

716 No feito de Christovaõ Velho de Faria contra Gaspar Gonsalves, Escrivão Lourenço Correa de Torres, te deo a sentença seguinte.

Recordão os do Desembargo, &c. Naõ he bém julgado pelo Provedor em condenar aos Reos resiliuão 10. A como administrador da Capella, que instituto o Padre Joao Esteves Gil, os bens pe lidos em seu libello com os fructos da indevida ocupação, revogando sua sentença vistos os autos, e como se naõ provava tanto quanto baste, conforme a Direiõ, que os bens, de que se trata, forao possuidos pelo instituidor, como senhor delles, e este dominio se naõ mostrur por titulos, e escrituras de compras feitas á seus antecessores provado seu dominio nas propriedades da contenda, e a duvida que resulta, vista a forma da instituiçõ se a venda de algumas destas propriedades feitas pelos herdeiros do instituidor o foy antes de se separarem os bens, que baviaõ de ser deste mortgado, e Capella, ou já depois della, na forma do testamento, e codicillo estar constituida, e sendo a decisao do processo duvidosa se dever antes sentencear em absolviçao dos Reos, os absolvem do contra elles pedido pelo A. a quem condenaõ nas custas dos autos. Lisbon 5. de Junho de 1653. Lemos D. Carneiro. Pereira.

717 Hæc sententia fundata fuit in sequentibus deliberationibus.

Petit A. bona in libello expressa, ex eo quod vinculo maioratus fuerint supposita à Joanne Stephani, & alienari prohibita, tamquam administrator illius ab institutore designatus, quæ afferit à Reo indebitè possideri, Provisor Reum condemnat in petitis, prout in sententia fol. 87. à qua appellatum est, & causa in Senatus introducta; & quamquam Reus appellans, & illius Patronus fol. 91. nihil contra sententiam in hac instantia dix. rint. & A. illam propugnaverit fol. 97. tamen à Provisor recedere placet; nam puto Actorem defecisse in salutari suo, & intentionem non probasse legitime Et primo de institutione dubito, nam prefatus Joannes maioratum constitui iubet, postquam propositum est de statu Nicolai, & Mariæ fol. 6. ibi: E depois destes emparados na forma

dita, entao instituo, e ordeno Capella de toda a minha fazenda. Deinde in codicillo fol. 10. jubet bona Capella destinari, & separari, & postea alienationem prohibet, ibi. Que ostes bens os indivisim, e apartados para a dita Capella e naõ possaõ trucar nem escambiar, nem alienar, nem vender. Plane Actor non probat consilium fusile statui Nicolai, & Mariæ, non probat bona fusile separata, & destinata maioratu, nec possesta per administratores ut talia, ergo de maioratu non plene docet, ut ei competit actio intentata, quod ex eo ostenditur, quod testator ncluit maioratum instituere, antequam propositum est de statu Nicolai, & Mariæ, per taxativam, tunc, ibi: Entao instituo. Ea enim est natura taxativa, tunc, quod restringit dispositionem ad casum expreßum, Cravet. cons. 98 num. 6. Menoch. cons 1107. num. 21. nec testator hoc reliquit nostri interpretationi, sed dilucide voluntatem suam explicavit eod. fol. 6. ibi: E o que mando ocerca da Capella, se entenderá, estando já estes dous Marta, e Nicolao emparados. Deinde prohibitio alienationis non nisi bonis separatis ad Capellam imposta conspicitur ex verbis supra citatis, & separatio, ac destinatio tanquam conditione prohibitionem alienationis suspendebat, cum per ablative absolutum scripta sit ibi: E apartados; quod autem dispositio facta in tali forma conditionem inducat, vulgare est apud nos, ex L. d. testatore ff. conatio. & demonstr. ubi scribentes, Surd. dec. 268. num. 11. ubi quod ex eo formam inducit, Cyriac. controv. 424. num. 1. ubi num. 4. quod ex eo actum facit stare in suspenso, & sine aliqua efficacia, vel effectu, ac si factus non fuisset.

Secundo, quod esto quod maioratus institutus concedatur, tamen A. tenebatur plene probare, bona petita fusile in dominio testatoris tempore institutionis, ut explicant Menoch. cons. 207. dub. 1. & cons. 1111 num. 16. Peregrin. de fideicom. art. 44. & pluribus relatis Fusar. de substat. q. 614. num. 1. quod tamen meo iudicio non præstigit. quia testes ab eo producti solum afferunt, bona ista fusile possesta ab institutore, & in illius dominio communis existimatione habita, quod tamen non sufficit, cum agatur cum tertio possesto, nec doceatur de titulo, quo dominium acquisitum fuerit ab ipso institutore, quamvis enim testes possint probare dominium, tamen de titulo acquisitionis deponere debent, nec sufficit, quod possessionem, & communem existimationem afferant, quando principaliter agitur reivendicatione contra tertium, qui causam non habuit ab eodem insti-

institutore, prout in praesenti Peregrin. d'art. 44. num. 6. vers. aut vero, Fusar. q. 618. n. 51. Menoch. lib. 6. presumpt. 63. num. 5. Unde secundus est casus, ubi dilucide, quæ testes deponere debeant, ut concludant dominium, & num. 6. quod tenentur reddere rationem scientiae, & non interrogati, & in terminis, quod non sufficit, quod afferant veritatem posse dñe rem tamquam suam, ex quibus sententiam Provisoris revocarem. Ulyssipone 14. Maii 1653. Pereira.

Quamvis in hac instantia appellans indefensus sit, tamen quod defuit Advocato, supplexit Justex, ac doctissimus dominus, cui adhaereo ex secundo fundamento circa defensum in probatione dominii ex persona institutoris, quibus accedunt Rei testes ad unicum supplicæ articulum deponentes, institutorem titulo conductioñis postulat, quod verosimilius est, quando titulus non ostenditur; & quamvis non sine dubio translat processus decisio tamen, potius Rei absolutioni accedo, dum dominium plenius probatum ex documentis non demonstratur. Ulyssipone 30. Maii 1653. D. Carneiro.

Multum dubitabilis est hujus processus decisio, & fateor me anxium, & dubium in decisione extitisse, quia primum fundamentum sapientissimi Domini primo loco videbatur non urgere, dum R. non probat hujusmodi bona distracta in commodum, & utilitatem Mariæ, & Nicolai fuisse, & remissio Administratoris in non separandis, ac scribendis bonis majoratus alteris successoribus non noceat; & secundum fundamentum in tam antiquata re videatur ex doctrina multorum Doctorum probatio per A. facta sufficiens ad probandum dominium; remque esse majoratus, eo magis, cum impossibilis sit probatio in hoc casu titulorum rerum alienatarum per A. antecesores, cum certum sit ipsos vendentes necessario dictos titulos, & scripturas emptoribus tradidisse, ex quibus, & quia testes R. non tamplene in omnibus rebus petitis in libello deponunt, quamvis in singulis aliquibus concludant perplexus factus fui. Verum cum in dubio pro Reo magis secundum juris regulas judicandum sit, cum sapientissimis precedentibus convenio in revocationem judicati. Ulyssipone Junii 4. de 1653. Lemos.

Et quando competit actio pro consequendo censu majoratus, & cui pro pretio distractus, decisum fuit in causa seq.

No feito de Pedro da Costa Tavares, e sua mulher contra Manoel Monteiro da Paz, e sua mulher, Escrivão Manoel Pinheiro da Costa, se deo a sentença seguinte.

Vistos estes autos, libello dos AA. contrarie dade dos Reos, e mais artigos recebidos, prova por huma e outra parte dadas, papeis, e documentos juntos. Mostrase por parte dos AA. que Joaõ de Araujo de Negreiros no testamento, com que faleceo, instituiuo húa Capella de sua terça, em a qual chamou em primeiro lugar a Dona Filippa de Carvalho sua mulher, e por sua morte a sua filha Isabel sendo viva, ou a seus filhos cazando ella, e morrendo a dita Isabel sem filhos, chamava a sua filha Mariana. Mostrase, que Isabel, que foy a segunda chamada, se meteo Freyra Capucha, em Religiao que não herda, e se tem por morta para a successão, pelo que ficou tendo lugar a vocação de Marianna, chamada em terceiro lugar, que he a A. Dona Maria Josepha da Silva, e a ella pertence a dita Capella. Mostrase, que no inventario, que se fez do dito Joaõ de Araujo, se consignou para a dita terça o olival, que os Reos possuem, pelo que o devem restituuir a elles AA. Por parte dos Reos se mostra, que seu pay Amador Monteiro comprára o olival, de que se trata a Pedro da Costa Tavares, e a sua mulher Dona Filippa de Carvalho, os quaes lhe venderaõ por livre, e dezembargado, e só com obrigaçao de 25. alqueires de azeite de retro aberto, e que os AA. soubéraõ muito bem da dita venda, e a não impugnaraõ, em tempo que era vivo o dito Pedro da Costa Tavares com dolo, e n'aliaçia, porque sendo vivo cobrariaõ elles Reos o seu direito ao dito Pedro da Costa, e fizeraõ o dito dolo, e engano, pelo dito Pedro da Costa Tavares vendedor ser pay do A. e a dita Dona Filippa ser māy da A. e que os AA. forão herdeiros do dito seu pay, e māy, e não podiaõ impugnar o facto dos defuntos, e que quando Amador Monteiro, pay do Reo, comprou o dito olival, estava muito damnificado, e cheyo de mata, e falto de arvores, e que o dito seu pay lhe fizera muitas benfeitorias, e sobre tudo os papeis, que os AA. ajuntaraõ, jaõ treslado de treslado, e não fazem fé, e que o dito seu pay Amador Monteiro resgataraõ o foro, que tinha o dito olival, que tambem era benfeitoria. O que tudo visto, e o mais dos autos, disposição de Direto no caso, conforme ao qual os bens, que estaõ sogeiros à restituição, não se podem ahear, e posto que se alheiem, não val a alheação mais que em vida do possuidor, e como se mostra o olival de que se trata, ser nomeado para a terça nas partilhas, que se fizeraõ por morte de Joaõ de Araujo, e pertencer aos AA. por a segunda nomeada ser Freira em Religiao, que não herda. Condeno aos Reos abraõ māo do dito olival para Zzz ij

os AA. com os fructos da litis contestação em diante. E os AA. pagardo aos Reos as bemfeitorias, e melhorias, que o dito olival tiver, entrando nellas o distrato do foro no qual manda o Direito, que o possuidor que entrar na successão, pague aos herdeiros do possuidor, q̄ distratou o foro, e fique aos AA. o direito reservado para cobrarem de Antonio Marçal o dinheiro do retro, se foy feito nullamente, porq̄ esta aução pertence aos AA. para mostrarem, que o retro foy feito por possuidor, q̄ o não podia fazer, e deixo tambem o direito reservado aos Reos para cobrarem o seu dinheiro, perdas, e danos dos chamados para a autoria. E paguem os Reos as custas dos autos. Villa Viçosa 17. de Novembro de 1681. Gaspar Gonçalves da Fonseca.

A qua sententia fuit appellatum ad Auditorem, & lata fuit sententia sequens.

Bem Julgado foy pelo Juiz Vereador desta Villa Viçosa, em condenar a que larguem o olival para os AA. visto como se mostra este tal ser deixado em terça de restituição por fideicomissão vinculado com obrigação de seis missas, e os AA. estarem diretamente na votação dos testadores pela incapacidade de Isabel Freira Capucha, e incapaz de bens em commun, e em particular, e assim mais, que os AA. satisfação todas as bemfeitorias, que constarem haveremse feito no dito olival, aos sobreditos Reos, confirmo sua sentença nesta parte, vistos os autos; porém foy por elle dito Juiz menos bem julgado em condenar aos AA. a que repuzessem o dinheiro do distrato, q̄ o pay dos Reos resgatou a Antonio Marçal por preço de 80U que era de 25 alqueires de azeite de censo, revogando nesta parte sua sentença, julgo que o tal olival se restitua in solidum, por quanto não consta do inventário, e partibus, que por morte do testador se fizeraõ, que o tal olival tivesse censo ou for o algum, e assim foy feito por pessoa, que para isso não tinha poder, e só teriaõ lugar os Reos quando constasse nestes autos, que os AA. fossem herdeiros dos vendedores, e como este olival be fideicomisso de restituição, deve passar da mesma sorte, que se instituiu, e não faz ao caso dizerse que os distratos dos foros, ou censos nos bens de morgado são melhoramento dos taes bens, que devem satisfazerse, por quanto sómente se entende entre os bens, que a principio tinhaõ esta pensão, quando se vinculáraõ, e assim condeno aos Reos larguem o olival aos fideicomissários AA. da mesma sorte que lhes foy deixado, pagando os AA. aos Reos as bemfeitorias, que constarem de plantas, paredes, e roças do matto, e em quanto aos fructos dos sobredito olival, condeno

aos Reos nelles desde o tempo da morte dos vendedores, por quanto os bens vinculados sómente em sua vida os poderiaõ vender, visto não constar da clausula legal para os fazer possuidores de máfe, o q̄ se verifica depois da morte dos vendedores pela obrigação do fideicomisso. E deixo aos RR o seu direito reservado para cobrarem o dinheiro do seu distrato de Antonio Marçal, ao qual reservo também o direito contra os herdeiros dos vendedores. E paguem os Reos as custas. Villa Viçosa 18. de Junho de 1682. Manoel do Valle Cardoso.

Ab hac sententia fuit appellatum ad Suplicationis Senatum, ubi lata fuit sententia sequens.

Acordado os do Desembargo, &c. Bem julgado foy pelo Ouvidor, confirmaõ sua sentença com declaração, que condenaõ ao Reo apelante nos fructos da lide contestada em diante, e nas custas dos autos. Lisboa 18. de Novembro de 1683. Freire Carneiro. Pereira.

Hæc sententia fundata fuit in sequenti deliberatione.

Olivetum Capellæ vinculo alligatum esse constat fol. 7. ibique futuri successores designantur, & ad Actricem dictum olivetum pertinere, quia defuncti institutoris tertio adjudicatum est, ut fol. 19. & quia institutoris uxori in vivis esse desijt, quemadmodum & ejus filia Elisabetha ob Religionis bonorum incapacitatem excluditur. Objiciunt Rei, Actores venditores fuisse hæredes. Respondetur, id non constare, non enim sequitur, filius ergo hæres, quando agitur adversus filios, sed tantum quando filii agunt, bene Valasc. de part. cap. 4. num. 9. & seqq. & quamvis hæredes escent, cum ex proprio jure, scilicet ratione vocationis ab institutori factæ, & non tamquam hæredes venditoris agant, nonnunquam excludendi sunt. Gam. dec. 8. num. 3. Hering. de fidejuss. cap. 20. §. 10. num. 77. hincque est quod filius bona vinculata, & à patre alienata vendicare potest, licet pro viribus hæreditatis ad evictionem teneatur, Valasc. consult. 69. num. 19. Pinel. in L. I. part. 3. num. 99 Cod. debon. mater. Flor. ad Gam. d. dec. 8. num. 6. Restituant ergo Rei olivetum cum fructibus à lite contestata, Actores verum, siquæ sunt meliorationes (permanentes inquam, non quæ fructuum colligendorum, & uberioris culturae gratia factæ sint) exolvant, non sic census pretium, quia olivetum ad eos liberum deventurum erat, morte enim venditoris census ille resolvebatur ex vulgari proloquo resoluto jure dantis, L. Lex vectigaliss. de pignor. Itaque Auditorem firmo. Ulyssip. 16. Julii 1683. In Pereira.

725 In eodem convenere Judices Freire, & Carneiro.

Et quando actio non probatur, nec possessio antecellorum, judicatum fuit in causa seq.

726 No feito de Cipriano de Sousa com Maria Rodrigues, Escrivão Lourenço Correa de Torres, se deo a sentença seguinte.

Vistos estes autos, libello do A contrariedade da R. e mais artigos recebidos, prova por búa, e outra parte dada documentos juntos. Mostrase por parte do A ser filho legitimo de legitimo matrimonio de Domingos de Sousa, e varão mais velho, e neto de Diogo de Sousa já defuntos, e como tal lhe pertencem todos os bens vinculados ao morgado, que instituto Pedro Alvarez, do qual ficará os ultimos possuidores, o dito seu pay, e avô. Mostrase mais, que entre os bens, que pertenciaõ ao dito morgado, e nelleforão vinculados na forma do tombo, que delle se fez, foy huma casa de adega no lugar dos Mosteiros, da qual a R. anda de posse sem titulo, que valido seja. Pela parte da R. porém se mostra andar de posse da dita casa ha mais de quarenta, e cem annos per si, e seus passados sem contradicção de pessoa alguma, e que outrim a dita casa não servio de adega, nem ha quem disso tenha noticia, nem menos, que os possuidores do dito morgado tal casa possuisse pelo dito espacio, e que no dito lugar ha muitas casas arruinadas com as mesmas confrontações. O que tudo visto com o mais dos autos, disposição de Direito, e como o A. não prova haver posse da dita casa em seus antepassados, principal fundamento da sua aução, antes as testemunhas de sua inquirição a confundem, depondo ao mais a favor da R. e por sua inquirição tenha bem provado sua defesa, a absolvo do pedido pelo A. ao qual condeno nas custas. Alvorninha 2. de Mayo de 1670. Joao Pinto de Affonseca.

A qua tententia fuit appellatum ad Suplicationis Senatum, ubi fuit confirmata, & fundata in deliberatione sequenti.

727 Judicis ordinarii sententia laudâda venit, quia Actor nihil de jure suo edocuit, immo testes produxit contra se, omnes convenienter contentionis domum liberam esse & in dubio de jure ita præsumitur, & non vinculo maioratus subjectam, nec contrarium suadet certitudo fol. 9. quia ex actis constat in dicto loco alias fuisse domos jam extinctas pertinentes ad A. maioratum, ad quem non pertinent istae, de quibus contentio est. Ulyssipone 18. Decembbris 1671. Doctor Gouyea. Convenio Doctor Coutinho.

728 Et an competit actio contra possessorum

bonorum maioratus, in quibus fuit concessa subrogatio, ante quam ad effectum producatur, & interim non fuisse facta, tuit effectuata consignatio, contra quem competit actio, & an extincta sit, & resoluta, & quomodo, & quando, judicatum fuit in causa sequente.

No feito de Damiao Botelho Chacon 729 com Valentim da Costa Gentil, Escrivão Manoel Soares Ribeiro, se deo a sentença seguinte.

Vistos estes autos, libello da A. Dona Ignez Gentil, como procuradora de seu filho Valentim da Costa Gentil, ansente nas partes da India, contrariedade do R. Damiao Botelho da Silveira. provas dadas, mais documentos juntos. Porque se prova ser o A. legitimo successor, e administrador dos bens da Capella, que instituto o Doutor Francisco Gentil, e estar na posse de cobrar seus rendimentos, e serem pertença da dita Capella as caças do lagar confrótadas no libello, no que estas partes convem; e pelas dicas casas estarem muito danificadas, e contiguas a outras de hum Estevão Rodrigues, chamadas a Burra de prata, e de sua māy, contrararáo de lhas largar, para ajuntarem com as suas, dando elles ao A. outra morada de casas livres, que bem rendesse doze mil reis, em que as casas da Capella forão avaliadas de renda em cada hum anno, e recorrendo a S. Magestade para lhe passar Alvará, para se fazer subrogação, precedendo as informações juntas, foy servido passarlhe o que anda a fol. 5. por se entender ser em utilidade da dita Capella, e por no dito tempo não ter o dito Estevão Rodrigues casas livres, em que a dita subrogação se podesse fazer, lhe representároa pedindo, que em quanto se não achava casas livres para a dita subrogação, fosse servido haver por bem se lhe aceitasse a consignação de doze mil reis, que queria fazer no rendimento de būas suas casas, que tinha na rua da Rosa, freguezia de Santa Justa, que no dito tempo dizia render oitenta mil reis, e com effeito se fez nas ditas casas a consignação de doze mil reis, na forma referida, como parece da escritura fol. 15. e succedendo arruinaremse as ditas casas da consignação, e não terem rendimento considerável, e o R. estar de posse das da Capella do A. e como tal obrigado a lhe pagar os doze mil reis de renda em cada hum anno, em que forão avaliadas, e lhe estar devendo os rendimentos dellas do anno de 1641. requer, que nelles seja condenado como possuidor das casas da Capella do dito Estevão Rodrigues obrigadas na escritura na forma do Alva-

Tractatus de Exclusione, Inclusione,

550

Alvará. Defendese o R. com a materia de sua contrariedade fol 21. allegando naõ estarem as casas que possue, obrigadas á dita Capella em razão da consignação dos doze mil reis, feita no rendimento das casas da Rua da Rosa, por passar nestas o encargo da dita Capella. O que tudo visto, e o mais dos autos, disposição de Direito, e se provar delles naõ se fazer a subrogação na forma do Alvará, e ficar esta reservada para quando se offerecesse propriedade de casas para nellas se impor a pensão de doze mil reis, como na dita escritura se declara, e nella celebrou só o da consignação dos ditos doze mil reis, termos em que pela dita consignação se naõ podia alterar, nem mudar a natureza, e obrigação das casas da Capella, que como obrigadas a ella conservadraõ sempre a mesma natureza, e obrigação que tinham, nem pela dita consignação ficarão livres, e desobrigadas do vínculo da Capella, nem o A perde o direito delas, e lhe ficou sempre pertencendo: e com maior razão, constando pelas testemunhas de outra inquirição, estarem arruinadas as casas consignadas, e incapazes de rendimento, e o R. de posse das da Capella, e misticamente das outras de Estevoão Rodrigues, tambem obrigadas á subrogação na forma do Alvará, pelo que condeno ao R. pague ao A. os ditos doze mil reis em cada bù anno da ultima quitação até a presente, e em quanto naõ fizer a subrogação delas na forma do Alvará, e para que vido feito ao contador para fazer as contas na forma referida, nellas lhe abaterão que legitimamente mostrar o R. haver pago por conta da renda dos ditos doze mil reis. E pague outrosim as custas dos autos Lisboa 28. de Fevereiro de 1669. Antonio Lobo de Torneo.

730 A qua sententia fuit appellatum ad Suplicationis Senatum, ubi fuit lata sententia sequens.

Acordão os ds de Desembargo, &c. Naõ he agravado o aggruvante pelo Corregedor do Crivel da Corte em o condenar a que pague ao A. os doze mil reis cada anno do em que começou esta demanda, e foy a auçao intentada em diante, vista a forma da escritura, e clausula fol 10. Porém em condenar ao mesmo R. aggruvante nas pensoens decursas pedidas pelo A foy aggrava-lo o dito aggruvante pelo Corregedor da Corte; provendo em seu aggravo, visto os autos, e como estando aceita a consignação dos doze mil reis nas casas, de que se trata, e naõ havendo o A. nos annos atraçados recuzado a dica consignação, ou se deva pagar nella, ou mostrar, que feita diligencia, o naõ podera conseguir, o que naõ mos-

tra. Absolvem ao R. das ditas pensoens decursas com declaracão, que naõ podendo o A. haver seu pagamento pelas casas consignadas, sem haver culpa ou negligencia sua. ser do R. obrigado a satisfazelo para cujo efecto fará o A. execucão nas ditas casas consignadas, e seus aluguers. E pague o mesmo A. a terça parte das custas dos autos, e o R. as duas partes. Lisboa 13. de Fevereiro de 1670. Noronha. Sousa. Leitão. Doutor Carvalho Doutor Cerveira.

Hæc sententia fundata fuit in deliberatio-731
nibus sequentibus.

Ratione Regii Diplomatis, de quo fol. 15. & instrumenti obligationis à fol. 5. exhibitus fuit libellus fol. 4. circa censum expostulum duodecim milium regalium singulis annis, & cum notissimum sit, quod partium conventiones sunt observandæ juxta text in L. 1. § conventionis ff. de pact. & in L. 1. §. si convenit ff. depositi. & in L. qui fundum 40. §. agrum vers. fundi venditor ff. de contrahend empt & in L. contractus 24 ff. de reg. jur, & in L. semper 34 ff. eod tit. ibi: Id sequimur, quod actum est. Ord lib 4 tit. 8. § fin. in fin. Castill lib 3 contr. cap. 3. n. 96. videbatur R. esse damnandum in expostulatis.

Visa tamen una, & altera inquisitione harum partium à fol. 33. & insimil præfato instrumento fol. 7. conjuncta Judicis sententia ibidem dicto fol. 7. dicerem, quod dum domorum subrogatio non invenitur effecta, loco illarum veterum, quæ maioratu suppositæ extabant, interim onus illud duodecim millionum regalium, quotannis impositum manavit in aliis domibus elucidatis in prædicto obligationis instrumento dicto fol. 7. & donec ab ipsis exigi possit summa illa debita, non est recuperæda ab aliis, quæ desierunt esse adstricta maioratus vinculo, nisi eo tantummodo casu, quo illæ datæ, & acceptæ in solutum anni censu desinant redire ipsius quantitatam conventam, & debitam.

Unde cum dictæ domus subrogatæ, mo-732
do, & forma superius enarrata, & conventa, semper redditus tribuerint, ut ex dictis testimoniis locupletum à dicto fol. 33. manifeste deprehenditur; excepta tamen una habitatione, in qua desunt ostia & fenestræ materiae, quæ vertente tempore fuerunt consumptæ; non invenio rationem, cur ad alias, quales sunt noviter molitæ, partim ex illis probatis, ut demonstratur fol. 6 partim ex aliis, quibus omnibus cohærentibus nobile ædificium appareat constructum, quod Civitati utille est, siquidem nullam maiorem curam videtur habuisse Romanus Populus, quam ædificia conservare, & exornare, ita ut publi-
cus urbi stimabili decoro de tigris Pro endum etiam etrix et hicet, fuerit gat. in eo strum quod sente ete i Qua tubus giu dem ne p 1642 illæ Actr duct min obli docto. Cer 734 tion cui per imp do ver cap nup no de Sa 14 31 et no 16 ga ce ti fu so 1 r hi r s fo u

cus urbis ornatus splendesceret temper, exigitabatque in maximum urbis felicitatem, decoram ejus faciem cedere, *text. in L. 1. ff. ac tigno injuncto.*

733 Procul dubio in hac inspectione deveniendum non esse crederem ad executionē factitandam pro anno centu prædicto, ut Actrix expoſcit, in domibus noviter conditis, licet, quodvis accelerit, pars aliarum ædium fuerit, *juxta text. in L. si ita 65. § fin ff. de legat. 1. & in L. si cui ædes 31. ff. de legat. 3. & in eodem conventionis, & obligationis instrumento fol. 14. reperiatur exaratum*, quod utique ipsæ ædes venundatae mansissent obſtictæ, ni to tum, si illæ priores subiectæ impositioni centus non suppeterent: Quare cum testes deponant de earum redditibus, & ex appendice quoque constet Regiū xenodochium hujus almæ Civitatis eosdem redditus recepisse pro mulctæ incurſione propter non expleta legata fol. 6. ab anno 1642. intercessio inveniatur erecta, & exinde illæ domus habuerunt conductores, à quibus Actrix, ut procuratrix, potuerat exigere conductiones, sibi sane imputet; quibus in terminis R. tantummodo damnarem, si domuum obligatarum redditus non sufficerent, sic docto Præside Curiali reformato & elucidato. Ulyſſipone 16. Decembris 1669. Doctor Cerveira.

734 Consignatio facta fol. 9. priorem obligationem, anteriusque vinculum maioratus, cui veteres domus erant obnoxiae, minime peremit: nam simplex, & mera consignatio importat tantummodo mandatum de exigendo incommodum consignantis, *L. si mandavero §. interdum ff. mandati, Cancer. 2. var. cap. 6. de solut. num. 183. Fontanell. de paſt. nupt. tom. 1 clausul. 4 gloss. 9. p. 5. numer. 31.* & non extinguit veterem obligationem, *Poſth. de manutenend. decif. 332. num. 4. cum seqq. Salg labyrinth p. 1. cap. 10. num. 26. Surd. conf. 145. à num. 28. Castill. tom. 4. cap. 59. à num. 31.* ideoque periculum rei consignatae spectat ad consignantem, qui dominium retinet, non ad acceptantem, *Cenc. de censib. q. 107. n. 16. cum seqq. Castill. & Surd proxime, Salgad. diſt. num. 26. cum pluribus seqq. Olea de cefſ. jur. tit. 7. q. 3. num. 24.* & tali consignatione non obſtante competit ei, cui facta fuit, jus, atque recursus contra bona, & personas primitus obligatas, *Gutierr. practic. lib. 1. q. 146. à num. 6. Felician. de cens. tom. 2. lib. 1. cap. 2. sub num. 6 & 8. Avendanb. eod. tract. cap. 94. num. 11 Cens. q. 80. n. 21. cum seqq. Salgad. diſt. p. 1. cap. 12. num. 20 & seqq.* Unde indubie existimo A. jus competere contra domus contractus, quarum R. posſeſ-

sor est, non obſtante aliarum consignatione, præcipue cum ex diplomate Régio fol. 15. non post consignationem, sed post veram subrogationem primæ domus, à vinculo maioratus immunes reddantur, neque aliter fieri aut ſolet, aut poterat. Ideoque in instrumento à fol. 5. non illico domum maioratus facta est venditio, sed promissio de vendendo ſecuta subrogatione aliarum, quæ adhuc non est facta, talis verò promissio de vendendo non eft venditio, ut ex *Salgad. Castill. Fontanell. Cabed. Gam. Cancer.* & pluribus aliis *Olea de cefſ. jur. tit. 1. q. 6. num. 33.* quapropter etiani nulla ex ea centeri potest facta dominii traslatio, neque illud in R. transivit, imo ab Actore velut maioratus fuceſſore retinetur.

Hæc licet ita ſint, non tamen adhuc in to-735 tum obtinere poterit A. Deinceps certe qui poterit à R. domus maioratu adhuc ſubjeſta à poſleſſore redditus 12U. dum domis alia non fuerint ſubrogatae; at vero quoad penſiones anteactas, & uique huc debitas aliter dicendum: quia creditor, cui facta eſt consignatio acceptata, non habet regreſum contra priorem debitorem (pariter dicendum de prioribus bonis) niſi nominibus aut bonis consignatis prius excuſſit, ita ut priora teſteantur, tantum, in quantum minus creditor ex consignatione jam excuſla conſequitus fuerit, *ex text. in L. si mandavero §. interdum ff. mandat. Surd. conf. 22. num. 11. Cancer. var. lib. 2 diſt. cap. 6. num. 168 late Fontanell. de paſt. diſt. gloss. 9. p. 5 à num. 31. Salgad. diſt. cap. 10. num. 40.* Unde debet prius A. executere bona coſignata quoad præteritas penſiones, non ita quoad futuras, attenta clauſula fol. 10. qua licet Actori emittere bona coſignata, & ex aliis exigere penſionem. Unde ſi ex aliis, à fortiori ex iſis propriis domibus, quarum adhuc dicendum eft, & quæ adhuc vinculo maioratus tenentur, ea autem clauſula uti nequit A. ad præteritos redditus non exactos, negligenter fortaſſe, ne ex iſiſ mora dāminū patiatur R. ut igitur A. absque executione pro præteritis penſionibus regreſum habeat in R. & bona ab eo poſleſſa, prius debet oſtendere moram, & negligentiam, in exigendo nullam contraxiſſe, aut inutilem futuram fuſſe exactionē, ex optimo *text. in L. qui decem 72. ibi: Quare pro ſoluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet eſſe ff. de ſolut. L. periculum 35. ff. si cert. petat. Scar. Mangil. Menoch. Thesaur. Cyriac. & alii, cum quibus Leotard. de uſur. q. 39. num. 53. Olea de cefſ. jur. diſt. q. 3. num. 38. & seqq. ubi plures; & quamvis plerunque negligentia, velut culpa- proba-*

probari, & articulati debeat, ut in specie cum multis Noguerol. alleg. 2. num. 120 & seqq. tamen cum incedente, & cognitante intenditur regreslus, ut in praesenti incumbit ageti docere exactam in exigendo adhibuisse diligentiam, Leotard. dict. num. 53. Thesaur. lib. 4. q. 10. num. 8. Sic etiam cestat evictio, si prius non ostendatur diligentia in exigendo, L. si mancipium 34. L. si dictum 56 §. si compromiseroff. de evict. L. inter §. quod ex facto ff famil. herciscund. Surd dec. 208. numer. 6. Reformatur, & declaretur igitur doctissimus Praeses, ut in futuras pensiones, dum aliarum domorum non fuerit facta subrogatio; tenetur A. interim verò absolvatur à præteritis, donec executiantur bona consignata, ei que jus reservetur pro ea parte, qua damnatur, in eum à quo provenere domus, quas adhuc maioratui dicimus obligatas. Ulyssipone 10. Januarii 1670. Leitaõ.

Quoad decursas præteritas cum proximo, quoad futuras cum primo Domino. Doctor Carvalho.

Cum secundo Domino convenio. Sousa. Cum secundo, & quarto Dominis sententiam teneo. Noronha.

736 Et competit actio successori maioratus contra extraneum, & mulierem, seu uxorem ultimi postessoris, licet non ostendat institutionem maioratus, sed solum probetur, bona possidere per antecessores, sicuti de maioratu per longi temporis spatium, indivisibilia, ut judicatum fuit in causa seq.

737 No feito de Manoel Soares Coutinho contra Dona Anna Maria de Albuquerque, Escrivão Antonio Alvarez Couceiro, no Juizo do Civel se deo a sentença seguinte.

Vistos estes autos, &c. Mostrase por parte da A. que ella era irmã inteira de Luis de Brito de Menezes, marido que foy da R. originaria, defunta, em cujo nome foy habilitado o R. pela sentença fol. 40, e o dito seu irmão faleceo sem filhos, e era possuidor dos bens contheudos no rol fol. 14, os quaes foraõ sempre possuidos por de morgado ou Capella, e andaraõ sempre unidos em húa só pessoa de tempo immemorial a esta parte, sem delles se fazer partilha, e se ha por offerecida a instituição na maõ do R. que ora está de posse dos ditos bens indevidamente, e se continuou na em que estava a R. originaria sua filha, pelo que deve ser condénaado nos ditos bens para a A. por lhe pertencerem como immediata successora, e irmã legitima do ultimo possuidor, com todos os fructos da indevida occupação e real entrega. Por parte do R. se mostra naõ estar de posse dos bens todos que a A. pede, mas sómente nos que estão no distrito de Torres Vedras, os quaes

naõ saõ de morgado, ou Capella, mas livres, e por taes se presumem de Direito, e o dito Luis de Brito de Menezes os deixou como taes á R. originaria sua mulher, e assim se naõ pôde provar o vinculo do morgado sem a instituição, quanto, e mais, que ainda hoje consta por autos, que dos ditos bens bouve partilha, e caso negado, que os taes bens forao de morgado, nunca podiaõ pertencer á A. por lhe preceder hum irmão velho, que he o Padre Frey Manoel de Menezes, Religioso na Convento de noffa Senhora da Graça, que actualmente está demandando ao R. por este mesmo morgado, e assim por nenhua via compete a auçãõ á A. para pedir os ditos bens, e deve ser o R. absoluto. O que tudo visto com o mais dos autos, disposição de Direito, conforme o qual se pôde provar a qualidade dos bens de morgado por testimunhas antigas, e fidedignas, no caso em que naõ consta da instituição do morgado da contendida, e a A. prove largamente com as testimunhas de sua inquirição a fol. 23 que os ditos bens contheudos no rol fol. 4. e sitos no distrito de Torres Vedras forao sempre possuidos por de morgado, assim por Loonel de Brito de Menezes avô do A. como por Manoel de Brito de Menezes seu filho, e pay da A. e ultimamente por Luis de Brito de Menezes, irmão da A. e ultimo possuidor, o qual reconheceo sempre os ditos bens por de morgado, cuja cabeça he a quinta do Arneiro junto ao Trocifal, e por essa causa querendo beneficiar a dita quinta, e buscar dinheiro para esse effeito, fazendo hum retro sobre certas propriedades annexas ao dito morgado, intentou impetrar provisão de S. Alteza, sobre que informou o Provedor da Comarca, como consta da sua certidão fol. 113. e testimonho fol. 73. e se juntou hum rol pelo dito ultimo possuidor de sua letra, e final, em que se faz relaçõ das ditas propriedades de morgado fol. 115. que se confere com o dito rol fol. 4. E assim estando os ditos bens possuidos por de morgado por tres possuidores immediatos successivamente, e sem delles se fazer partilha entre os mais herdeiros havendoos, e indo sempre unidos ao primogenito, como por todas as testimunhas da A. se prova, se deve haver por provado o vinculo dos ditos bens, e reputar por de morgado, por concorrerem nas ditas testimunhas os requisitos das noticias antigas, de que depoem da idade mayor de cada qual, e qualidade de suas pessoas, porque se justificão fidedignas: contra o que naõ obstaõ as allegações do R. e papel junto fol. 1. com que pertende provar se fizera partilha dos bens la contendida, por quanto como da dita certidão se mostra, foy feita a dita partilha ha cento, e

sequens.

Acordaõ os do Desembargo &c. Bem jul- 739
gado foy pelo Juiz confirmão sua sentença por
alguns de seus fundamentos, e o mais dos au-
tos, com declaraçāo, que a liquidação dos
frutos se faça por louvações, que as partes es-
colhaõ. E condenaõ ao R. nas custas dos autos
em tresdobro, vista a malícia com que defen-
de esta causa, e a máfē com que está de posse
dos bens do morgado. Lisboa 2. de Julho de
1676. Doutor Portugal. Doutor Tavares.
Vellez.

Hæc sententia fundata fuit in deliberatio-
nibus sequentibus.

Documentum institutionis maioratus non 740
apparet, hoc ex R. industria occultatum ar-
guit A. quidquid sit.

Communis DD. traditio observat mai-
oratum præsumi, si bona per duos possessores
spatio quadraginta annorum ab aliquo reti-
neantur sub titulo maioratus: ita deduci-
tur per text. in cap. cum de beneficio de præ-
bend. lib. 6. Molin de primog. lib. 2. cap. 6.
num. 26. Pelaes de maior. 4. p. q. 20 num 63.
& 64 Pereir. de Castr. decis. 25. num. 16 Rey-
nos obs 70 num 42. & 43. Plane A. conclu-
dentissime probat, contentionis bona (excep-
tis illis, de quibus fol. 156.) per tres posses-
sores ultra annos septuaginta detenta, & bo-
na fide, titulo maioratus occupata fuile, ut
per testes à fol. 73. junctis monumentis à
fol. 113. demonstratur. Igitur optimi Judi-
cis sententia confirmanda est restitutis fru-
ctibus à tempore indebitæ occupationis per
R. quia sine titulo, immo cum mala fide, bona
hæc retinet, sic dictante DD. resolutione,
Sous. de Maced. decis. 11. num. 4. nec datur
meliorationum compensatio, Castr. in prax.
2. p. lib. 3. cap. 8. num. 29.

Unum moneo liquidationem faciendam 741
esse sumarie per arbitros coram' Judice, ut
evitetur novum jurgium, in quo revoco Ju-
dicem, cuius cautelæ Author fuit, & hodie
jam recepta permanet.

Condemnaré R. in triplicatis expensis, at-
tentata calumnia, & protelatione hujus causæ
absque ulla juris umbra. Ulyssipone 23. Ju-
nii 1676. Doctor Tavares.

Reus aperta in calumnia versatus est, titu- 742
lus eum non protegit, & lœdit mala fides,
quare rectè plectendus est, ut sapientissimo
Domino placet, nec dissentio à liquidationis
modo; licet, quia Judex elegit, legalior tamē
sit, quia hic longior, ille brevior; unde neu-
trum damno, & utrumque sequi arbitrabor,
quod sequentis Domini arbitrio sponte
committo. Ulyssipone 23. Junii 1676. Vellez.

738 A qua tententia fuit appellatum ad Sup-
plicationis Senatum, ubi fuit lata sententia

743 Lectis testibus longævæ ætatis à fol. 94. legaliter probant, invenio bona petita maioratu esse subjecta, licet illius institutio non ostendatur, prout primus Dominus sapiensissimus eleganter exornat; ideo Judicem lauare non dubito, nec in mulcta R. cuius versutia manifeste dignoscitur, si quidatio per arbitrios placet ne R. causam malitiosè differt. Ulyssipone 19. Julii 1676. Doctor Portugal.

744 Et quando bona majoratus sunt divisa inter aliquos, competit reivindicatio successori, aut postessori maioris partis majoratus, ut judicatum fuit in causa leq.

745 No feito de Diogo Fernandes de Almeida com o Provedor da Misericordia de Portalegre, Escrivão Lourenço Correa de Torres, se deo a sentença seguinte.

Vistos estes autos, libello dos AA. contrarieando ao R. mais artigos, habilitação, documentos juntos, prova por bába, e outra parte dada. Mostrase pela dos AA. que Frey Fernand, Vigario da Igreja de Santa Maria do Castelo desta Cidade, fez seu solemne testamento com que faleceo, e nelle instituiu por sua herdeira a Joana Jordoa Juatia, a quem deixaria um assento de vinha: lugar, e pomar, sitotudo no Carvalhal, termo desta Cidade, e com obrigação, e encargo de dez missas em cada um anno, e como vinculo in perpetuum, e proibição de non alienando, e que por morte da primeira instituidora succeedesse nestes bens vinculados Catharina Jordoa, e Iges Esteves, filha da sobredita, e com os ditos encargos, e por morte destas andasse nas pessoas da familia do instituidor. Mostrase, que litigacio huma Maria de Almeida do Author sobre bába metade desta fazenda vinculada, com bim Manoel Gonçalves, teve contra elle vencimento, por lhe preferir em grao, e ser parenta mais chegada do ultimo possuidor, e do sangue, e geração do instituidor. Mostrase, que tratado de tomar posse da parte da fazenda reivindicada o dito Manoel Gonçalves achou empoidado na tal fazenda a Affonso de Almeida seu irmão intimo, q foy varão, e o mais velho, q precedia á dita Maria de Almeida sua irmã, o que tudo consta da sentença deste juiza, e confirmada no Senado supremo, e juiz a estes autos fol. 8. Mostrase mais ser o A filho legitimo do dito Affonso de Almeida, e de Maria Vaz sua mulher, e ser o mais velho filho do dito seu pay, e ultimo possuidor destes bens, de que se trata, e por ser este haverem lhe de pertencer os bens do dito assento in soli cum, sem embargo de se haver decidido a parte, que deles possuia o dito Manoel Gonçalves, nas partilhas, que se

fizerão por sua morte entre sua mulher, filhos, como se vê da carta de partilha fol. 41, e sem embargo de estar vendida á R. originaria pelas pessoas a quem foi adjudicadas ditas partilhas, como consta aos instrumentos de venda fol. 47. Por parte dos RR. se alarga, que a parte, que os AA. intentavam reivindicar, se possuo sempre por bens livres, e allodiaes, e que por tales estã prescriptos, e fundação ésta prescrição na sentença junta, em que os AA. fazem o fundamento de sua ação, mas tal se não prova, nem pela sentença se reproduzir pelos RR. né pelas testimunhas de sua inquirição, antes se prova o contrario, e que até o dito Manoel Gonçalves de plano confessara não poder vender a parte, que possuia da assento da contenda, por ser de Capella. O que tudo visto, e o mais dos autos, e disposição de Direito, conforme ao qual os bens de morgalo, como saõ os de que se trata, devem andar sempre unidos em bába só pessoa, por o A. ser o possuidor da maior parte delles, e ser o legitimo successor, por ser o mais chegado ao ultimo possuidor, e do sangue do instituidor. Falgo por nulla a venda, que da parte desse assento de vinha, lagar, e pomar, q os chamados por AA. fizerão ao R. originario. Emendo, que os RR. habilitados abraão maõ della, e arrestituaõ aos AA. a quem pertence, com os fructos da lide contestada em diante, e custas dos autos. E aos RR. reservo o direito que tiverem para dos chamados por AA. haverem o preço, e custos, e o que mais lhe tocar na forma das cartas de venda por elles outorgadas. Portalegre em 14. de Março de 1657. Sebastião Leitão da Cunha.

A qua sententia fuit appellatum ad Supplacationis Senatum, ubi fuit confirmata, & fundata in deliberatione sequenti.

Non dubitatur majoratum fuisse institutum à fol. 3. neque etiā quod ad AA. pertineat exclusis RR. originariis, ut fol. 8. per sententias ibi relatas: notae sunt juris regulæ, que successori reivindicationem reddunt rei alienæ, neque juvari poterit R. præscriptione, quia præter impedimenta nondum effluxit tempus necessarium ad præscribendas res majoratus, a ihuc ex testibus fol. 40. concluditur mala fides in Emmanuele Gonçalves: solummodo dubitare possunt de ijetitate ipsius partis venditæ, an ad majoratum pertineat: sed attente institutione à fol. 3. ibi O meu assento redondamente, que tenho no Carvalhal, &c. Attentisque confinibus appositis in eam partem fol. 25. nec insificant R. in replicatione fol. 25. & melius deducitur ex testibus fol. 38 & contra producentem fol. 49. constat hanc enim partem vendicandam vinculatam

culatam fuiste, & successoribus majoratus pertinere, sic optimi Judicis sententia confirmata. Ulyssipone 16. Augusti 1657. Brito. Convenio. Delgado.

7 Et quando bona majoratus sunt subhasta-
ta per debitum patris legitimi administrato-
ris, judicatum suit in causa seq.

8 No feito de Manoel Cardoso contra Jo-
seph Borges da Silva, Escrivão Francisco
Jorge da Silva, se deo a sentença seguinte.

Vistos estes autos, e libello do A. e contra-
riedade do R. papeis juntos, e mais docu-
mentos dados em prova Mostrase pedir o A.
ao R. como legitimo administrador dos bens
de Antonio de Avellar ausente, humas casas si-
tas nesta Cidade na Rua da Aljubitaria Ve-
lha, por o R. estar de posse sem justo titulo, e
as ter arrematado por huma divida, que ao
R. devia Domingos Gonsalves, pay da dito
ausente, tendo sentença contra elle, pela qual
arrematára os rendimentos dellas a quatro
mil reis por anno, e pelas ditas casas serem
do dito ausente Antonio de Avellar, e per-
tencerem a huma Capella, de que o dito au-
sente he administrador, por lha haver nomea-
do sua mā Margarida de Avellar, e o dito
ausente ser successor da dita Capella, muito an-
tes que se fizesse a arrematação, e se contra-
bisse a divida, ficára tudo nullo; e que o dito
ausente Antonio de Avellar não era obri-
gado ás dividias de seu pay, nem se lhe podia
fazer execução nos rendimentos da sua Ca-
pella, estando fóra do patrio poder de seu pay,
e sendo caçado, com que ficára notoriamente
nulla a chamada arrematação. Por parte do
R. se mostra estar de posse das casas, de que se
trata, e cobrar os alugueis dellas pelos haver
arrematados judicialmente por quantia de
cento, e tantos mil reis, de que lhe era deve-
dor Domingos Gonsalves, pay do ausente, e
que o dito Antonio de Avellar he filho legití-
mo do devedor Domingos Gonsalves, que por
sua morte ficára por seu universal herdeiro,
por não ter mais filhos, e que devendo fazer
inventario dos bens livres do dito seu pay, o não
fez, e que conforme a Direito, os herdeiros,
que não fazem inventario, estaõ obrigados ás
dividias, e que por esta razão no caso que o
A. como successor do morgado, podesse rever-
dicar as ditas casas, contra elle mesmo, como
berdade de seu pay, competia a auçaõ de evic-
ção, e que o pay do dito ausente Domingos
Gonsalves fora Escrivão do Real d'Agua, e
cazáräa segunda vez, e tivera grande dote,
e que no testamento com que falecera, deixá-
ra seus bens a huma sobrinha, era fama que
estava bem, e tinha muita fazenda, e dei-
xará hum legado a huma parenta, no que se

presumia não ser pobre, e que o A. Joseph
Borges como procurador do ausente Antonio de
Avellar tinha obrigaçāo fazer inventario
dos bens do dito Domingos Gonsalves em pro-
veito do dito ausente, e que maliciosamente o
não fez por sênaõ pagarem as dividias, que
devia. O que tudo visto, e o mais, que dos au-
tos consta, mostrase pelo testamento que fez
Ignes Fernandes a fol. 19. do appenso A deixa-
r as casas da contenda em Capella com ou-
tras que tinha ao Boy Formoso, com a clausula
de se não alhearem, andando sempre em húa
só pessoa unidas, mandando que se não pudes-
sem trocar, nem alhear, nem obrigar a fian-
ça alguma, nem a contrato algum, como se vê a
fol. 9. do appenso A, e nomear a dita Ca-
pella Margarida de Avellar, māy do dito
Antonio de Avellar ausente, em o dito seu fi-
lho, como se vê da verba do seu testamento a
fol. 58. fazendolhe a dita nomeação em Agosto
do anno de 1640. muitos annos antes da cha-
mada arrematação, e sendo o dito Antonio
de Avellar legitimo successor, e administra-
dor da dita Capella, nos quaes termos nafor-
ma de direito, não estava obrigado ás dividias
de seu pay, e só mostrando ser o A. her-
deiro de seu pay, podera o R. pelos bens da her-
ança obrigallo, o que se não mostra, antes se
mostra, que no tempo em que o pay do dito au-
sente faleceo, era o A. Antonio de Avellar
já ausente havia annos, e se mostra, ainda da
contrariedade do R. dizer que o dito Domi-
ngos Gonsalves quando morréra, deixára seus
bens a humas sobrinhos, que moravaõ ao Cha-
faris de Arroyos, nem se mostra que o dito au-
sente aceitasse a herança de seu pay, que fale-
ceo no anno de 1679. como se vê do seu testa-
mento fol. 82. no qual declara não ter filhos,
onde se vê o pouco cabedal, com que morreto,
e ser nulla a arrematação que se fez nos bens
do ausente, sendo de Capella, de que estava já
de posse o dito ausente, sênaõ podia fazer exe-
cução pelas dividias de seu pay, e menos sem-
elle ser convencido, citado, e demandado, e
se haver sentença contra elle, todo o processado
da arrematação foy nullo, nem pôde o dito ti-
tulo nullo prejudicar aos bens da Capella do
ausente, sendo legitimo successor della, nem a
tal arrematação nulla lhe pôde fazer titulo, e
mais sendo o dito ausente caçado neste tempo, e
o dito Domingos Gonsalves seu pay, de quem
era a divida, não ser senhor de taes bens, nem
lhe virem por elle, mas por sua māy, como se
vê do seu testamento fol. 58. Julgo que o R.
largue as casas da contenda com os rendimé-
tos dellas ao A. desde a indevida occupaçāo
até real entrega, vista a nullidade notoria da
chamada arrematação dos bens alheos, pagā-

do o A. ao Reo os concertos, que mostrar ter feito nas ditas casas, sendo uteis, e necessarios, e os foros, e dízimas que mostrar ter pago, que tudo se liquidará na sentença. E pague o R. as custas, em que tambem o condeno. Lisboa 18. de Janeiro de 1683. Manoel Freire de Matos.

749 Ab hac sententia cum appellaretur ad Suplicationis Senatum, ibidem lata fuit sententia sequens.

Acordaõ os do Desembargo, &c. Bem julgado foy pelo Provedor das Capellas em condenar ao R. largue as casas, de que se trata, ao A como administrador dos bens do ausente Antonio de Avellar, confirmaõ sua sentença por alguns de seus fundamentos, e pelo mais que dos autos consta, com declaraçao, que condenaõ sómente ao Reo em os fructos da lide contestada em diante, e deixaõ direito reservado ao A para pedir os fructos desde o tempo, que o ausente Antonio de Avellar he casado, à pessoa, que possuir os bens de seu pay Domingos Gonsalves; por quanto antes de casar, pertenciaõ os rendimentos das ditas casas a seu pay. E condenaõ ao appellante em as custas dos autos. Lisboa 22. de Novembro de 1683. Freire. Carneiro. Pereira.

750 Hæc sententia fundata fuit in sequenti deliberatione.

Absentem patris hæredem fuisse non liquet, ergo ad ejus debita non tenebatur, ex titul. Cod. ne fil. pro patre: quod autem allegatur dolo hære litatem non aditam, vanum est, quia neque dolus constat, neque debitor tenetur hæreditatem sibi delatam adire, ut creditoribus solvendo fiat, eleganter *Olea de cess. jur. tit. 2. q. 3. à num. 5. Gratian. forens. cap. 132. à num. 1.* neque contrarium in praesenti dicendum censeo, quia filius sit ille qui hæreditatem non acquisivit, prout voluit *Sous. de Maced. dec. 8. à num. 9.* & hoc inclinans *Gratian. supra num. 3.* quia contrarium verius puto ex *Salgado.* & *Olea adductis ab eodem doctissimo,* & mihi ardenter desideratissimo amico *Sous. proxime num. 11.* & quidem et si filio quasi debita in bonis paternis successio deferretur, *L. in suis 11 ff. de liber. & posthum. L. 1 ff. de success. edito,* hoc duplēm inspectionē habet, erat filius patri suus, & necessarius hæres, *§. sui inst. de hæred. qual. & diff.* qua suus necessario erat à patre instituendus, vel ex hæredandus, *L. inter cetera 30. ff. de liber. & posth.* qua necessarius, vellet, nollet adire, seu ut proprius, parentis hæreditati se immiscere cogebatur, filii tamen prætor abstensionis beneficium indulxit, cuius virtute illa adeūdi necessitas remissa est, & filius quasi extraneus, & voluntarius hæres paternæ hæreditari renuntiari potest, hincque est quod dixit *Valasc. de part. cap. 15. num. 44.* filium dum se rebus parentis non immiscuerit, à paternis creditoribus conveniri non posse.

Posito igitur absentem patris hæreditatem non obtinisse, sequitur, eum à creditoribus paternis vexari non posse, constat autem domos, de quibus agitur, Capellæ esse, cujus absens administrator erat: ergo in illius mercedibus executio pro paterno debito fieri non poterat, quod tamen intelligo, cum esset filius uxoratus, quia tunc iam extra sacra paterna erat, *Ord. lib. 1. tit. 87. §. 6.* & iam patri in bonis ipsius filii ususfructus non pertinebat, si enim adhuc esset in patris potestate, tum pro paterno debito recte in mercedibus fieret executio, eo quod patri, tamquam ususfructus petinerent: à quo autem tempore dictæ mercedes restituendæ sint, queritur. Quando titulus dominium non transfert, fructus ab occupatione restituuntur, *Cabed. 1. p. dec. 69. num. 6. per text. in L. cum quis ff. de cond. causa data, Valasc. cons. 70. num. 16. & cons. 83. num. 14. Reynos. observ. 30. num. 22. Sous. de Maced. dec. 8. num. 28.* Sic est in propolito, quia addicta res aliena erat; at prædicta conclusio limitatur, quod bona fide fructus percepti sunt, *Cabed. proxime num. 13. ex charta addictionis constat, tunc temporis, domū ad debitorem ex si- dejusione pertinere credidi, & error hic facti est, qui malam fidem non excludit, imo excusat reg. ignorantia de reg. jur. in 6. cum vulgarib.*

Alia quæstio est, an objecta tutori, sive curatori obreptionis, & subreptionis impedimenta illum ab hac causa removeant? Cerre non, quia ut ex append. A. conitat, & ex appens. B. virtute regii diplomatis, & fidei-jus-sionis præstitæ, decretique Provisoris illum curam administrare accepisse, *Cabed. 1. p. dec. 112. ad fin.* & ita confirmo, ac revoco iudicatum. Ulyssipone 20. Augusti de 1683. Pereira.

Cum proximo convenere Judices Carneiro, & Freire.

Et quid in maioratu nominationis, & an competat contra Reum, qui habet nominationem per scripturam, & Actor vult probare anteriorem nominationem ex testibus, quia non probat dominium ex dicta nominatione, & venit Reus absolvendus, ut judicatum fuit in causa seq.

No feito de Fernão Telles de Menezes com Dona Anna Maria de Castro contra Dona Elena de Castro, Escrivão Lourenço Correa de Torres, se deo a sentença seguinte.

Vistos

Vistos estes autos, &c. Mostrase por parte dos AA. pedirem aos RR. lhe larguem o morgado, e Capella contbeudo em seu libello, com fundamento de que em razão do dito morgado ser de livre nomeação, seu sogro Francisco Coelho de Castro, quando cazára sua filha Dona Ana Maria de Castro com elle A. lhe prometerá, e dará entre outras couças o morgado, de que se trata, e debaixo de essa promessa, e códicão effectuára elle A. o casamento, pela qual razão supposto que o dito seu sogro fizesse outra nomeação, e não a R. Dona Elena, por virtude da qual estaria de posse a dita nomeação, não podia surtir efecto em prejuízo da que estava feita antecedentemente em favor dos AA. e assim que os RR. intruzamente estavão logrando o dito morgado, que lhe devia largar com os frutos, e rendimentos, desde a indevida occupação até real entrega. Defendem os RR. que o dito seu pay, e sogro lhe fizera nomeação do dito morgado por bula escritura publica, à vista da qual se metéra de posse, e nella estava a R. Dona Elena, e juntamente o R. seu marido. E que o dito seu pay não fizera nomeação alguma em os AA. nem por escritura, nem por palavra, pelo que sendo o dito morgado de nomeação livre como era, carecia os AA. da aução, que intentaráo, e assim se devia julgar. O que tudo visto, e o mais dos autos, disposição de Direito, e como se prova, que o morgado, de que se trata, he de livre nomeação, e que o dito Francisco Coelho de Castro por escritura publica fez nomeação delle em a pessoa da R. Dona Elena. E por parte dos AA. se não acbe provada legalmente a nomeação, que articulaõ por quanto suas testemunhas além de que não depoem concludentemente em o que juraõ acerca da dita promessa, nem da razão de seus coerentes ao intento, saõ em si singulares, e de actos diversos: e dado caso, que fizeraõ prova ajustada com o articulado, o q̄ se não acha, por serem testemunhas encontradas, e inconflantes, e dos actos, e tempos separados conforme a Direito, não fazem prova legítima, que no caso presente se requeria necessariamente, e muito menos se pode inferir ratificação de promessa pelas palavras do escrito fol. 116. por quanto em elle se não acha nem expressa, nem conjecturadamente, que o dito Francisco Coelho de Castro ratificasse promessa alguma, que houvesse feito tocante ao dito morgado, por conter o dito escrito bula reposta de palavras equivocas, que induzem mais queixas, e remoques, do que promessa alguma: de mais, que havendo nomeação por escritura publica, como na realidade a ha a favor dos RR. sempre prevalece na materia das nomea-

ções, e com maior razão no caso, de que se trata pois fazendo o dito Francisco Coelho de Castro hum dote aos AA. por escritura primeira, em que se contem diversas couças, que lhe prometeo dotou, e com efecto entregou, como consta da quitação fol. 178. he certo, que se também houvera a promessa da nomeação do dito morgado, se houvera de incluir na dita escritura, ou quando menos na quitação fazer-se algua declaração a respeito do dito morgado, que era a occasião, em que necessariamente os AA. deviaõ repetir este particular, que como dizem, lhe foy dotado o dito morgado juntamente com as mais couças: e sem dúvida quando deraõ quitação tão ampla, que se ouvera a dita promessa, que articulaõ, esta se salvava na dita quitação, e assim por esta causa, como também porque fazendo se escritura de dote, em que houvesse promessa de tantas couças, não se pôde presumir, e que se oportunaõ de meter nella, bia taõ consideravel promessa, qual era a do dito morgado: e finalmente se presume, não haver tal promessa por articularem os AA. que esta dita promessa se continha em hum rol, que o dito Francisco Coelho de Castro fizera de sua letra, o qual se não apresentou por parte dos AA. nem as testemunhas de sua inquirição a este ponto depoem com affirmação, certeza, e concludencia, que por Direito era precisamente necessária. Pelo que absolvem aos RR. do pedido pelos AA. em seu libello, aos quaes condeno nas custas destes autos. Lisboa 2. de Abril de 1671. Manoel da Cunha Rebello.

A qua sententia fuit appellatum ad Sup-
plicationis Senatum, ubi fuit confirmata, &
fundata in deliberationibus sequentibus.

Ex primo institutionis fonte indubitate oritur prædictum, quo deagitur, maioratum liberam obtinere nominationem, quod ex verbis institutionis fol. 7. clarè, & indistincte patescit, neque inter assertores in hac materia aliqua versatur contentio, itaque ad contentiosam progrediendo materiam pro A. proponitur, maioratum sibi in dotem fuisse nominatum, quod tamen per testes probare conatur, pro parte vero R. intenditur virtute nominationis in scriptura fol. 39. sibi maioratum esse judicandum, & ut jus unicuique tribuatur, de utriusque jure decertabimus.

Tribus nititur fundamentis Actorem intentio. Primum, quod nominatio per testes probari possit, Secundum, quod dilucidè probatur prædenominatio. Tertio, quod prædicta nominatio fuit irrevocabilis, & ita per sequentem non erat mutanda. Circa primum, jam non est discernendum; nam per sentiam fol. 81. judicatum fuit post prædi-

& tan nominationem per testes probari, tam ex eo quia dotalis erat, tam etiam quia nominationes secundum Ord. in 4. tit. 37. §. 3. bene per testes probatur, & cum hoc jam per Senatum sit judicatum, non possumus de hac materia iterum disputatione, quare hoc silencio prætermisso, ad alia progrediamur fundamenta.

Secundum fundamentum, & meo judicio totale, consistit in decidendo, an nominatio, qua deagimus, sit per testes approbata, ad quo i proponuntur testes, nempe fol. 137. cum aliis citatis per A. patronum in suis rationibus, tam in prima, quam in secunda instantia, sed meo judicio hi testes nil circa nominationem concludunt, nam prædicti testes non deponunt, si audivisse nominare maioratum, neque vidisse nominationem, neque dotem promittere, sed ferè omnes testes se referunt ad catalogum, de quo non constat, neque talis appareret, & procedit regula illa, quod quando aliquis se refert ad aliquod documentum, non probet talis relatio, quæ relatum documentum appareat, est Ord. in 3. tit. 60. in princip. & dictant juris principia, neque allegatio A. dum affirmat catalogum fuisse socero traditum, satisfacit, quia hoc non probat, ut requiritur in dicta Ord. §. 6. de hoc namque nullus est testis, qui deponat, unde ex hoc fundamento nihil faciunt testes ab Actore producti. Secundo non probatur etiam nominatio, quia secundum Ord. in 4. tit. 37. §. 3. quæ copilata fuit ex antiqua lib. 4. tit. 63. §. 2. in fin. requirit tres ad minus testes cōtestes ad probandam prædictam nominationem, & notanda sunt verba illa ad minus, tenent insignis Petrus Barbos. in prædict. Ord. antiqua, ubi multa congerit mm. 3. Valasc. consult. 61. num. 14. Egid. in L. ex hoc jure Cod. Jacros. Eccles. p. 2. in princip. n. 2. & 26. Cald. de potestat. eligend. cap. 3. num. 10. Frago. de regim. lib. 6. disput. 9. §. 23. n. 9. Pinbeir. de emphyt. p. 2. disput. 6. sect. 1. à n. 1. Flor. var. q. 12. à num. 54. Gam. decis. 137. num. 10. Pereir. decis. 78. num. 3. Ergo cum in nostro casu non dentur tres testes concordes, qui deponant indistincte de nominatione, non esse prædictam probatam dicendum est: neque obstant, quæ allegantur, nempe de favore dotis, ubi non requiritur tam rigorosa probatio, & sufficiunt testes cum aliquo defectus, ut bene notat doctus patronus, & satis expendunt DD. deliberantes fol. 80. cum seqq. Sed respondeo hoc procedere in promissione dotis ordinaria, in qua non intervenit aliqua nominatio, & meo judicio illa datur differentiæ ratio, quia in aliis promissionibus dotis non datur causa; lex numerum,

testium præfinivit, ut in casu nominationis, in quo lex agit, quod ad minus dentur tres testes, ut notavimus. Secundo respondeo conjugi simiplene probationes, quando agitur de dotis promissione, nisi dentur etiam aliqua adminicula, ut tenet Pereir. ex adverso citatus decis. 54. num. 12. & 13. quæ tamen circumstantiae ab eadem Pereir. consideratione in nostro non dantur casu, ut videri potest, imo procedunt quamplurima in contrarium, quia ut patet ex scriptura fol. 180. ibi connumerantur quamplurimæ res in dotem A. date, & si nominatio maioratus est in dotem promissa, certum est connumerari in dicta scriptura, & in hoc casu succedit doctrina A. patroni deducta ex Ord. in 3. tit. 55. §. 11. cujus verba ab eodem referuntur Patro-
no fol. 158, & meo judicio contra se ipsum faciunt: ait namque Ord. quod in contractibus celebratis inter personas conjunctas ibi transcriptas, non requiratur scriptura, quod vero si prædicti contractum fecerint per scripturam, non probetur distractus, nisi per aliam scripturam, rationem reddit Ord. quia cu potuisset absque scriptura celebrare, & tamē sub ea celebressent, quia illa detur, non valeat distractus: & aliam rationem assignat Patronus, quia res per easdem causas, per quas nascitur, per easdem resolvitur: infero ergo, quod cum partes voluerint in scriptis celebrare matrimonii contractum, tum tamen valeret absque scriptura, & non possunt distractare absque scriptura, quia jam videtur velle scripturam pro substantia, jam patet non sufficere probationem per testes, sed requiri per scripturam, quamvis alias necessaria non esset, quod comprobatur ex alia Ord. in 4. tit. 19. §. 1. ubi etiam dicitur, scripturam requiri de substantia actus, quando partes vel clare, vel per conjecturas præsumunt velle per scripturam contractum celebrare, & ponit Ord. exempla quamplurima ad nostrum casum adæquata: ergo cum in eo videtur partes in scriptis celebrare tam ex scriptura, quam etiam ex catalogo, ut fateatur A. dicendum est non valere probationem nisi in scriptis factam; ex his infertur alia responsio ad fundamentum supra consideratum de favore dotis respectu probationum, quia cum requiratur in hoc casu per scripturam, nihil facit prædictus favor, quia solummodo locum obtinet, quando per testes possit probari, & etiam quia secundum prædictam Ord. in 3. tit. solummodo præmittitur probatio per testes post celebratum matrimonium, ut patet fol. 11. & cum A. velit probare nominationem factam in dote ante celebrationem matrimonii, sequitur non esse admitt-

admittendum ad talem probationem, & non procedere regulam allegatam de dotis favore. Neque tatisfacit omissionis ratio, quia ut videtur in dicta dotis scriptura, quamplurima minutatim sunt transcripta, & etiam obligatio impetrandi licentiam ad renuntiationem cuiusdam Capellæ, & sicut hæc obligatio fuit transcripta, etiam nominatio esset imposita, si A. fuisset antea promissa facitque contra A. chirographus fol. 1-8. ubi A. affirmat se accepisse omnia sibi in dotem promissa, & statim reservavit aliqua ibi imposta, non vero relevavit maioratus nominationem, & si sita in dotem fuisset promissa, etiam esset reservata, quod tamen non fuit: atqui in omni negotio secū magna cautella invenitur, non est credendum habuisse omissionem in scriptura: & quamvis demus, quod probatum extitisset ex testibus A. fuisset promissam nominationem in catalogo, quod solummodo est, de quo deponunt testes in numero, hoc non concludit, quia post predictam conventionem, cum constet de scriptura, dissentirent partes in predicta particula, & ideo debemus presumere predictam nominationem non fuisset in scriptura impositam, quia non fuerat promissa, & si fuit promissa, quod aliter in celebratione scripturæ esset conventum.

738 Neque meo iudicio A. probationem juvat epistola fol. 116. immo meo iudicio contra illum, ut producentem, plenam facit probationem, quamvis maximam dari cavitationem ex parte scribentis existimem, hæc enim leguntur in predicta epistola. ibi: *Porque o rol, que dei á Senhora Dona Catharina, de dote que vós dava depois de o nomear, disse mais, que vós podia pertencer para o morgado de Braga, de que se metéra de posse a Senhora Dona Joanna, e duas Capellas que possue,* &c.

739 Ex quibus verbis satis colligitur nominationem non fuisset in dotem promissam, siquidem adhuc dubitatio, an pertineret maioratus A. uxori, vel non, & etiam quia donans non erat in possessione maioratus, ut ibi dixit, & nemo dat, quod non habet, ut notum est, & comprobatur hoc evidenter ex verbis ejusdem epistolæ dicto fol. 116. ibi: *E como se enganou a Senhora Dona Catharina, e como eu não podia dar, o que não tenho:* ergo clarius videtur non fecisse nominationem maioratus in dotem, neque in catalogo promissa.

Quamvis omnia tandem concedamus, aut admittamus testes concludentem probationem efficere; quod ex ea resultat, est tantummodo A. sacerorum, quamvis ille A. in catalogo ei in dotem præstare maioratus nomi-

nationem, hoc namque est, quod testes deponunt, non enim dicunt sacerorum ei nominationem fecisse: unde quod exinde resultat, est jus A. ad prosequendum à predicto saceroto promittente nominationem, & ad hæredes ejusdem cogendum, ut illi reficiant dotem promissam, non vero resultat ex tali negotio jus A. contra R. ut maioratum dimitat, cum eum retineat ex vi nominationis à patre factæ ratione facultatis in institutione imposita, & cum non conulet R. extitisse hæredem patris non potest cogi ad solvendam patris promissionem, cum ad maioratus retentionem habeat jus datum ab habente facultatem nominandi, & ita in hoc negotio nullum jus A. competere contra R. autem, quare resoluto hoc fundamento secundo ad tertium, & ultimum sermonem dirigamus.

Tertium A. fundamentum est, quod nominationis sibi facta non erat mutanda per sequentem, quia erat irrevocabilis, & meo iudicio contrarium apparebat, quia in institutione hæc inveniuntur verba fol. 7. in fin. *Disse, que lhe aprazia, que em tal caso possa suceder húa das filhas, que o possuidor escolher:* & ulterius dicit. fol. 7 ibi: *Que sempre succeda aquelle que o possuidor escolher.* Ex quibus verbis satis videtur institutorem ad nominationem cogitasse in mortis tempore, & definiisse ad tempus mortis, in quo tantummodo verificantur ab illa, succeder, quia in maioratus tantummodo succeditur per mortem possessoris, ut notum est: & ita subintrat juris regula, per quas donatio dicitur causa mortis, quoties cogitatur de mortis tempore, ex text. in §. inst. de donat. ubi Pichard dicit. L. 1.2. & 3. ff. de mortis causa donat L. Senatus 35. §. mortis causa eod tit. quæ quidem donatio non perficitur, nisi per mortem donantis, & antea sit revocabilis ex dictis iuribus, tenent Gam. decif. 381. num. 4. & decif. 163. num. 1. Gom. var. 2 cap. 4. à numer 22. Valasc consult. 102. num. 10. & in terminis in nominatione tenet Egid. p. 2. L. 1. in initio num. 30. & seqq. precipue vers. verum Cod. sacrosant. Eccles. & est omnium concors opinio, precipue cum neque ex testibus constet de modo, & forma nominationis. & si fuit simpliciter facta absque dominii translatione, erat revocabilis ex Ord. in 4 tit. 37 in princip. & quod non esset per nominationem (cau quo daretur) translatum dominium, patet ex supra notatis verbis epistolæ, ex quibus patet nominantem possessionem non habere, neque dominium, cum utrumque esset penes tertium, ut ibi videtur, quin obstat regul. text. in L. servi electione ff. legat. 1. quia loquitur in aliis terminis, nempe in electione in